Der Kompetenzkonflikt

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Erich-Wilhelm Apel

aus Berlin

1939

BUCHDRUCKEREI FERDINAND PIEPER / WEENDE-GÖTTINGEN

Obmann: Prof. Dr. Eißer
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Kern
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Genzmer

Tag der mündlichen Prüfung: 4. November 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung

Einleitung: Begriff des Zuständigkeitsrechts — Begriff des Rechtswegs und Verwaltungswegs — Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Gerichten in der ZPO. und STPO. — Der Konflikt 1

A. Geschichtlicher Überblick
Die Entwicklung der Trennung von Justiz und Verwaltung . . . 3
Die Entscheidung von Zuständigkeitsfragen
a) in Preußen 4
b) in Württemberg 6
c) in Bayern 7

B. Der Zuständigkeitsstreit nach geltendem Recht
I. 1. Die Trennung von Justiz und Verwaltung 9
2. Die Entscheidung über Vorfragen des anderen Ressorts . . 11
3. Die Entscheidungsbefugnis der ordentl. Gerichte über ihre Zuständigkeit 13
II. Der bejahende Zuständigkeitsstreit (positiver Kompetenzkonflikt)
Voraussetzungen für seine Erhebung 14
a) Die Anhängigkeit einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit . . 15
b) Die Stellung der Sondergerichte 18
c) Die Bedeutung des rechtskräftigen Urteils 19
d) Der Zuständigkeitsstreit in Strafsachen 21
e) Der Eingriff in die Verwaltung 22
III. Der verneinende Zuständigkeitsstreit (negativer Kompetenzkonflikt)
Seine Voraussetzungen — endgültige Unzuständigkeitserklärungen 23
IV. Wirkungen des KKs auf den anhängigen Zivilprozeß 26
V. Die Gerichtshöfe zur Entscheidung von Zuständigkeitsfragen (KGH.)
1. Ihre staatsrechtliche Stellung 28
2. Der Konflikt mit dem Reichsgericht 30
3. Ihre Zusammensetzung 33
4. Die Stellung der Mitglieder
a) der im Hauptamt berufenen 36
b) Die Mitglieder im Nebenamt 37
5. Ihre rechtliche Natur 39

VI. Das Verfahren
1. beim bejahenden Zuständigkeitsstreit
a) Die zur Erhebung des Zuständigkeitsstreits befugte Behörde 41
b) Form der Erhebung des Zuständigkeitsstreits 45
c) Das Verfahren vor dem Kompetenzgerichtshof 46
2. beim verneinenden Zuständigkeitsstreit
Der Antrag einer Partei 50
3. Die Kosten 50
VII. Die Entscheidungen des KGH.s und ihre Wirkungen
a) beim bejahenden Zuständigkeitsstreit 52
b) beim verneinenden Zuständigkeitsstreit 55

C. Künftiges Recht.
I. Die zukünftige Bedeutung des KGH.s 59
a) Öffentliches Recht — Privatrecht
b) Die Bestimmung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit
c) Die organisatorische Trennung von Justiz und Verwaltung
d) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit
II. Die zukünftige Ausgestaltung 63
a) Die Beseitigung des landesrechtlichen Charakters
b) Die Bedeutung der neu entstandenen Selbstverwaltungskörperschaften
c) Die Einschränkung der Privatrechtssphäre
d) Die Beseitigung des § 17 Abs. 1 GVG.
e) Die Gleichstellung von Justiz und Verwaltung
f) Der Vorschlag Ipsens
g) Die Zusammensetzung aus Mitgliedern der Verwaltung und Justiz
h) Die Beseitigung des Vorranges der ordentlichen Gerichtsbarkeit
i) Die Stellung der Mitglieder
k) Die Beteiligung der NSDAP.
l) Die Notwendigkeit fachlicher Vorbildung
m) Das Verfahren vor dem KGH.
n) Die Unanwendbarkeit des Führerprinzips
o) Neue Aufgaben

Schrifttum

Apelt, Heinrich: Die Zulässigkeit des Rechtswegs, Leipz. Diss. 1935.

Bahmann: Das Verhältnis des Verw.streitverfahrens zu den tragenden Gedanken des neuen Staates, Deutsche Verwaltung 1934 S. 54.

Berger: Sind politische Maßnahmen, insbesondere Schutzhaftbefehle der richterlichen Nachprüfung entzogen? JW. 1934 S. 14.

Boehtke: Zur Auslegung des § 17 Abs. 2 GVG. in Gruch. Beitr. 1902 S. 209.

Bornhak, C.: Preußisches Staatsrecht, 2 Bde. 2. Aufl., 1912.

Brand, A.: Das deutsche Beamtengesetz, Kommentar, 1937.

Breithaupt, W.: Reichsdienststrafordnung, 1937 Komm.

Bühler, O.: Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württemb. Recht und ihre Entwicklung seit Anfang des 19. Jahrhunderts.

Danckwerts, J.: „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im nationalsozialistischen Reich" in Deutsches Verwaltungsrecht von Dr. H. Frank, München.

— „Der Rechtsschutz in der Verwaltung" in „Die Verwaltungsakademie" Bd. II, Gr. 1, Lieferung 24 b.

Drews, B.: Grundzüge einer Verwaltungsreform, amtl. Ausgabe, Berlin 1919.

Droop: Der Rechtsweg in Preußen, Berlin 1899.

Dannbeck, S.: Die Amtshaftung. In: Frank, Deutsches Verw.-Recht § 15.

Emig: Deutsche Justiz und Verwaltung. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart; Heft 117, Tübingen 1935.

Fraeb: Zulässigkeit des Rechtswegs gegen den Ausschluß aus der NSDAP. und ihren Unterorganisationen, DRZ. 1935 S. 18.

Frank, Hans: Deutsches Verwaltungsrecht, 1937.

Fischer, O.: „Kompetenzkonflikte gegenüber einem Zwangsvollstreckungsverfahren" in „Das Recht", 14. Jahrgg. S. 185/217.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl.

Freisler: Recht, Richter und Gesetz, in „Deutsche Justiz" 1933 S. 694.

— Richter, Recht und Gesetz, in „Deutsche Justiz" 1934 S. 1333 ff.

Gaupp: „Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg" im Handb. des öffentlichen Rechts.

Gerl: Die Notwendigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit; RVBl. 1937 S. 357.

Giese: Reformfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit; Deutsches Verwaltungs-Bl. 1936, S. 508 ff.

— Die Neugestaltung der sog. Konfliktserhebung; DVBl. 1937 S. 273 ff.

Gugel: Verwaltungsrecht des Königreichs Württemberg, Heidelberg 1908.

Hahn, C.: Die gesamten Materialien zum GVG., 2 Bde., Berlin 1879.

Harbou—v. d. Hellen: „Der Ausschluß des Rechtswegs bei Streitigkeiten über Maßnahmen im Rahmen des Berufsbeamtengesetzes und Umgehungsversuche", JW. 1936 S. 490 ff.

Hartmann: „Zum § 13 GVG.", Arch. f. d. ziv. Praxis 121, S. 297.
Hellwig, C.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Band, 1903.
— System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, 1912.
Hempfing, W.: Ein Nachprüfungsrecht des Richters von Anordnungen des Reichswirtschaftsministers auf Grund des Zwangskartellgesetzes ist nicht gegeben; Zeitschr. d. Akademie f. deutsch. Recht 1936 S. 683.
Henkel: Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt; Der deutsche Staat der Gegenwart, Heft 10, Hamburg 1934.
Höhn, R.: Das Gesetz als Akt der Führung; Deutsches Recht 1934 S. 433 ff.
— Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, 1935.
Hofacker: Ordentlicher Rechtsweg und Verw.weg; Arch. f. d. ziv. Praxis Bd. 118, S. 281.
— Über die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Entscheidung der KK.e, Preuß. Verw.
Huber, E. R.: Die Einheit der Staatsgewalt; DJZ. 1934 S. 950.
— Justiz und Verwaltung; Deutsches Recht 1935, S. 401.
Ipsen, H. P.: Politik und Justiz, Hamburg 1937.
Jellinek, W.: Verwaltungsrecht, 1931.
Kern, E.: Der gesetzliche Richter, 1927.
— Die Überleitung der Justiz auf das Reich, Freiburg 1934.
— Das Führertum in der Rechtspflege, 1935.
— Die Grundgedanken des neuen Gerichtsverfassungsrechts, 1936.
Köhler, L. v.: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, 1935.
Knauth: Die heutige Lage der Verw.gerichtsbarkeit, DJZ. 1934 S. 1119.
— Gesetzmäßige Verwaltung und Polizeigewalt, DJZ. 1935 S. 222.
Koellreutter: Das Wesen des Politischen in der öffentlichen Verwaltung, R. u. Pr. Verw.-Bl. 1933, S. 481.
— Grundsätzliches zur Frage der Verw.gerichtsbarkeit, RVBl. 1936 S. 885.
Laforet, W.: Deutsches Verwaltungsrecht, München, 1937.
Löwe-Rosenberg: Die StPO. für das deutsche Reich nebst GV.-Gesetz, 19. Aufl. 1934.
Matthäus, C. L. H.: Die Grenzen der zivilgerichtl. und administrativen Zuständigkeit, 1878.
Maunz, Th.: „Die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit", Deutsches Recht 1935 S. 478.
Mayer, O.: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924 1. Bd.
Meyer, C. v.: Erledigung der Kompetenzkonflikte in den einzelnen Staaten vor Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze.
G. Meyer — G. Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919.
Nadbyl: Über Komp.-Konflikte in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verw.rechts.
Oppenhoff: Die Gesetze über die Ressortverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1904.
Peters: Das freie Ermessen und die richterliche Nachprüfung von Verw.-Akten; Beamten-Jahrbuch 1935, S. 483.
Plathner, G.: Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848, 1935.

Rassow: Besprechung von Droops „Der Rechtsweg in Preußen" in Gruch. Beitr. z. Erläut. d. deutsch. Rechts, Bd. 43 S. 780.

Regulativ, betr. die Geschäftsordnung des preuß. Gerichtshofs zur Entscheidung der Komp.-Konflikte v. 12. 3. / 10. 4. 1921 (nur für den inneren Dienstgebrauch gedruckt).

Rössiger: Führertum und Verwaltungsgerichtsbarkeit; Leipz. Rechtswiss. Studien, Heft 98, Leipzig 1936.

Sammlung der Entscheidungen des bayrischen Gerichtshofs zur Entscheidung der Komp.-Konflikte, 1907.

Sarwey, O. v.: Das öffentliche Recht und die Verw.rechtspflege, Tübingen, 1880.

Sauer, W.: Rechtsprechung und Regierung; Deutsche Justiz 1935 S. 181.

Schack: Die richterliche Kontrolle von Staatsakten im neuen Staat; RuPr. Verw.-Bl. 1934 S. 592.

Schelcher, H.: Verw.gerichtsbarkeit, Rechtsmittelwesen und Reichsverwaltungsgericht; RVBl. 1936 S. 1.

— Um die Verwaltungsrechtspflege des 3. Reiches, RVBl. 1937 S. 569.

Scheuner, Ulr.: Die Gerichte und die Prüfung politischer Staatshandlungen, RVBl. 1936 S. 437.

— Die Bedeutung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, insbesondere für die Gerichtsverfassung; DJZ. 1935 S. 1462 ff.

Schneider, Dr.: Verwaltungsgerichtsbarkeit im 3. Reich; Deutsches Recht 1935 S. 458.

Schöne: Richter und Rechtspflege im neuen Staat; Arch. öffentl. Recht 25, 265.

Schoetzau: Maßnahmen der politischen Leiter unterliegen nicht der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte; JW. 1935 S. 3210.

Scholz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im 3. Reich; Köln 1936.

Schwabe: Unzulässigkeit des Rechtswegs gegenüber politischen Entscheidungen; JW. 1934 S. 1616.

Seydel, M. v.: Bayrisches Staatsrecht, 2 Bde., 1896.

Sievers, R.: Kompetenznormen und Kompetenzentscheidungen, RVBl. 1937 S. 953.

— Die Verwaltung im Gerichtsverfassungsgesetz; Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht Bd. 74 S. 1.

Steinweg, A.: Die Kompetenzkonflikte in Preußen 1919—1930.

Stengel — v. Fleischmann: Wörterbuch des deutsch. Staats- u. Verw.-Rechts, 1914.

Stölzel, O.: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen, Berlin 1901.

— Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Entscheidung der KKe. mit sämtlichen Nachträgen bis einschl. 1934.

Sommer, W.: „Die NSDAP. als Verwaltungsträger", Deutsches Verwaltungsrecht von Dr. H. Frank, München, 1937.

Stuckardt: Nationalsozialistischer Staat und Verwaltungsgerichtsbarkeit; Deutsche Verwaltung 1935 S. 161.

Sydow-Busch: Handkommentar zur ZPO. und GVG., 21. Aufl. 1935.

Triepel: „Gerichtsbarkeit über fremde Staaten", Arch. d. öffentl. Rechts Bd. 28, S. 246. 1912.

Vierhaus, F.: Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit; Verw.-Arch. Bd. 11. 1903.
Voitus, K. K.: Das Verfahren bei negativen KK.en; Gold. Arch. Bd. 3 S. 433.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.
Wagner, A.: Der Kampf der Justiz gegen die Verwaltung in Preußen; Hamburg 1936.
Weber, W.: „Die Entscheidung über den Kompetenzkonflikt"; Zeitschr. der Akademie für deutsches Recht, 1937 S. 363.
Wittland, H.: Kommentar zur Reichsdienststrafordnung, 1937.

Einleitung

Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß eine jede Behörde, bevor sie im einzelnen Fall tätig wird, ihre Zuständigkeit zur Behandlung oder Entscheidung einer Sache, in der sie angegangen worden ist, selbst zu prüfen hat. Wenn mehrere Behörden sich für die Erledigung einer Sache für zuständig oder für unzuständig halten, können sich Streitfragen ergeben.

Unter „Kompetenzkonflikt" versteht man den Streit zwischen den ordentlichen Gerichten einerseits und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten andererseits über die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs, d. h. über die Frage, ob eine zwischen zwei Parteien streitige Rechtsangelegenheit im ordentlichen Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten oder im Verwaltungsweg einschließlich des Verwaltungsrechtswegs oder auch Verwaltungsstreitverfahrens vor den Verwaltungsbehörden bzw. den Verwaltungsgerichten zu entscheiden ist. Es handelt sich hierbei um die Abgrenzung der Justiz von der Verwaltung.

Ordentlicher Rechtsweg bedeutet das Verfahren sowohl vor den ordentlichen wie vor den besonderen[1]) Gerichten. Wegen ihrer Knappheit und Klarheit sei die Definition des Reichsgerichts wiedergegeben: „Schon der Sprachgebrauch versteht unter Rechtsweg regelmäßig das mit besonderen Rechtsgarantien ausgestattete und durch sie gesicherte Verfahren vor den aus unabhängigen, unabsetzbaren Richtern zusammengesetzten, ordentlichen Gerichten, im Gegensatz zu dem Verfahren vor den diese Garantien nicht oder nicht in vollem Umfang besitzenden Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten" (Verwaltungsweg, Verwaltungsrechtsweg)[2]).

Nicht versteht man unter Kompetenzkonflikt im technischen Sinne Streitigkeiten zwischen verschiedenen ordentlichen Gerichten über ihre sachliche oder örtliche Zuständigkeit oder Unzuständigkeit in einem Rechtsstreit oder Strafverfahren (§ 36 Zif. 5 und 6 ZPO., §§ 14, 19, 269 StPO.), desgleichen nicht den sog. „Konflikt"[3]), das ist die Befugnis

[1]) vgl. auch Apelt, S. 3.
[2]) RGZ. 104 S. 139; 124, S. 176; ferner v. Stengel-Fleischmann, 3. Bd. S. 227.
[3]) § 147 DBG.

der vorgesetzten Behörde eines Beamten, das gerichtliche Verfahren gegen ihn durch den Antrag zum vorläufigen Stillstand zu bringen, ein Verwaltungsgericht möge über das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung entscheiden. Diese Streitigkeiten scheiden deshalb bei der vorliegenden Betrachtung aus.

Auch der Zuständigkeitsstreit zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten, über den unter bestimmten Voraussetzungen in Preußen das Oberverwaltungsgericht (§ 113 Abs.6 LandVerwGes.), in Bayern ein Kompetenzsenat beim Verwaltungsgerichtshof (Art. 29 des bayr. Ges. vom 18. 8. 1879) und in Württemberg der Kompetenzkonfliktsgerichtshof (KGH.) (Art. 1 des württ. Gesetzes vom 25. 8. 1879) entscheidet (sog. uneigentlicher oder unechter Zuständigkeitsstreit) soll hier nicht näher erörtert werden.

A.
Geschichtlicher Überblick

Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden eines Staates sind nur dann möglich, wenn in diesem Staat — ganz gleich aus welchen Gründen — die Gerichtsbarkeit und Verwaltung getrennten Behörden übertragen ist.

Die geschichtliche Unterscheidung von Justiz und Verwaltung setzte eine entwickelte Verwaltung und eine ausgebildete Verwaltungsorganisation voraus. Bis zum Beginn der Neuzeit war die Verwaltung eines deutschen Landes verhältnismäßig einfach und übersichtlich. Erst von dieser Zeit ab war der einzelne Herrscher nicht mehr in der Lage, die Verwaltung seines Landes persönlich zu leiten. Er mußte sich der Hilfe einer stets wachsenden Beamtenschaft und Behördenorganisation bedienen.

Die Forderung nach einer Trennung von Justiz und Verwaltung war ursprünglich ein Kind des Liberalismus. Das wirtschaftlich emporgestiegene Bürgertum war bestrebt, auch politisch eine bessere Stellung zu erhalten. Schon Aristoteles hatte Betrachtungen über die verschiedenen Gewalten im Staate angestellt. Von diesen Gedanken ausgehend stellte Montesquieu in seinem 1748 erschienenen Werke „De l'esprit des lois" ganz bestimmte politische Forderungen auf. Er verlangte eine scharfe, organisatorische Trennung der drei staatlichen Gewalten Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz. Es gebe keine Freiheit, wenn diese drei Gewalten in derselben Person oder in dem gleichen Staatsorgan vereinigt seien.

Diese Ideen breiteten sich bald aus und erlangten teils auf friedlichem Wege, teils auf dem Wege von Revolutionen grundsätzliche Bedeutung im staatlichen Leben und in den Verfassungen. Es begann das Zeitalter des Konstitutionalismus, in dem der Monarch sich mit Volksvertretungen die Macht im Staate teilen mußte.

Die Durchführung dieser Gedanken nötigte zu einer reinlichen Scheidung zwischen den einzelnen Verwaltungsgebieten. Noch ehe Gesetzgebung und Verwaltung verschiedenen Organen übertragen wurden, setzte sich die Forderung nach selbständigen und unabhängigen Gerichten durch. Nachdem der Untertan nicht mehr bei den Reichsgerichten Schutz gegen seinen Landesherrn finden konnte,

wollte er wenigstens durch vom König unabhängige Gerichte vor Willkürakten geschützt werden.

Hierbei ergaben sich große Schwierigkeiten. Es entstanden starke Gegensätze zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden. Die ordentlichen Gerichte versuchten als Verkörperung des freien Staatsbürgertums, durch eine möglichst umfassende Zuständigkeit die Macht des Monarchen zu beschränken, indem sie sich für alle Klagen, auch gegen den Landesherrn aus öffentlichen und privaten Ansprüchen für zuständig erklärten. Andererseits bemühte sich der Fürst, die Möglichkeit der Anrufung der Gerichte gegen ihn und seine Beamten einzuschränken, dagegen die Zuständigkeit seiner Verwaltungsbehörden und Regierungsorgane zum Nachteil der Gerichte und des Einzelnen zu erweitern. Wieweit der königliche Einfluß auf die letzteren reichte, läßt sich aus einem Erlaß Friedrich Wilhelms I. an alle Kammern vom 17. 2. 1723 ersehen, in dem der König die Kammern anwies, „daß in streitigen Grenzsachen zwischen unsern Aemtern und Städten in dubio vor Unsere Aemter und Domänen decidiert werden soll" [4]).

In Preußen

Noch im 18. Jahrhundert war in Preußen eine scharfe Abgrenzung der Rechtspflege von der Verwaltung nicht möglich. Das lag daran, daß den Verwaltungsbehörden neben eigentlichen Verwaltungsaufgaben gleichzeitig richterliche Tätigkeit übertragen war. So wurde die Zuständigkeit der Gerichte durch Übertragung richterlicher Aufgaben an die Kriegs- und Domänenkammern eingeschränkt. Darüber hinaus erhielten Verwaltungsbehörden die Ausübung richterlicher Gewalt in ihrem Geschäftbereich zugewiesen z. B. der Generalpostdirektor die Gerichtsbarkeit in allen Sachen, welche die Post angingen, durch Reskript vom 19. 3. 1703 (C. C. M. II 1 345), sog. „Attributivgerichtsbarkeit".

Zum ersten Male versuchten die Verordnungen vom 21. 6. 1713 [5]), die Verbesserung des Justizwesens betreffend, und vom 25. 4. 1715 [6]) die Zuständigkeit zu regeln durch Aufzählung einzelner Fälle, in denen die ordentlichen Gerichte oder die Amtskammern und Kommissariate zuständig sein sollten. Zweifelhafte Fälle wurden vor den König gebracht und von diesem entschieden. Oft wurden auch an Hand eines einzelnen Streitfalles Weisungen für die Zukunft erteilt. Eine gewisse Klarheit schaffte das berühmte Ressortreglement Friedrichs des Großen vom Jahre 1749 für Brandenburg-Preußen:

---

[4]) Notificatio an das Geheime Justizkollegium in Berlin vom 17. 2. 1723; Myl. II S. 727.

[5]) Myl. II S. 517.

[6]) Myl. II S. 563.

„daß regulariter alle Prozeßsachen, welche das Interesse privatum vel jura partium quarum interest betreffen, bey denen jeden Orts bestellten ordentlichen Justizkollegiis erörtert und decidieret werden müssen. Daß hingegen zum Ressort derer Kriegs- und Domänenkammern hauptsächlich nur königliche Intraden und Domänen, ferner die den Statum Oeconomicum et Politikum angehende, und überhaupt in das Interesse Publikum einschlagende Sachen gerechnet werden können".

Hier ließ sich schon eine Unterscheidung zwischen den privaten Belangen des Einzelnen und den öffentlichen Angelegenheiten der Krone oder der Allgemeinheit erkennen. Der große König war bestrebt, den Kriegs- und Domänenkammern die richterliche Entscheidung in den Fragen seines eigenen und damit des öffentlichen Interesses zuzuweisen. Hieran knüpften die Versuche, das öffentliche und das Privatrecht nach dem Merkmal des „Interesses" abzugrenzen.

Jedoch auch das Ressortreglement war nicht in der Lage, die Zuständigkeitsstreitigkeiten zu beseitigen. Die Einrichtung einer besonderen Behörde zur Entscheidung der Konflikte erwies sich als unbedingt notwendig. Durch Kabinettsorder wurde im Jahre 1750 eine vorläufige Kommission ins Leben gerufen, die 1756 unter dem Namen „Jurisdiktionskommission" festere Gestalt annahm. Sie war im wesentlichen aus Verwaltungsbeamten zusammengesetzt und hatte in Zweifelsfällen und bei Uneinigkeit die Entscheidung des Königs einzuholen.

Bei der Umorganisation der Behörden im Jahre 1808 fiel diese Kommission fort. Jetzt erst trat eine wirkliche Trennung von Justiz und Verwaltung ein. Die bedeutsame VO. wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden vom 26. 12. 1808 [7]) überwies die bisher den Landespolizei- und Finanzbehörden übertragene Rechtspflege den ordentlichen Gerichten. Andererseits wurden den Regierungen, wie fortan die Kriegs- und Domänenkammern hießen, die bisher noch besonderen Behörden übertragenen Zweige der Verwaltung (Hoheitssachen, geistige und Schul-, sowie sämtliche Finanzangelegenheiten) zugeteilt. Da die Zuständigkeit der richterlichen und Verwaltungsbehörden damit gegeneinander abgegrenzt war, wurden Zuständigkeitsstreitigkeiten seltener.

Durch die VO. vom 20. 3. 1817 wurde die Entscheidung von Zuständigkeitsstreitfragen dem Staatsrat übertragen. Nach der Kabinettsorder vom 30. 6. 1828 [8]) über das Verfahren bei KK.en zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden sollte die Beilegung eines jeden Konflikts zunächst unter den betreffenden Ministern mit dem Justizminister versucht werden. Wenn dies mißlang, wurde der Fall nach

[7]) Neue Sammlung königl. preußischer und churf. brandbg. VO.en, 12. Bd. S. 679.
[8]) GS. S. 86.

Beratung im Staatsministerium mit gutachtlicher Äußerung dem König zur Entscheidung vorgelegt.

Aus der Tatsache, daß der Justizminister über die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit seiner Gerichte eine Vereinbarung treffen konnte, ist zu ersehen, daß die Gerichte eine volle Unabhängigkeit in der Rechtsprechung noch nicht erreicht hatten.

Das Gesetz vom 8. 4. 1847 über das Verfahren bei KK.en zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden regelte die Zuständigkeitsstreitigkeiten nach neuen Gesichtspunkten, in dem es sich stark nach französischem Recht richtete [9]).

Wegen der großen Ähnlichkeit dieses Gesetzes mit den heute geltenden Vorschriften in Preußen soll es an dieser Stelle nicht näher erörtert werden.

In Württemberg

In Württemberg waren bis zum Jahre 1806 Justiz und Verwaltung, soweit nicht das Hofgericht eine Ausnahme bildete, vereinigt. In Prozessen mit geringem Streitwert entschieden die Stadtgerichte unter dem Vorsitz eines Ober- oder Stabsamtsmannes in einziger Instanz. Bei höherem Streitwert war eine Berufung an das zuständige Landvogteigericht möglich, das unter dem Vorsitz des Landvogts stand. Der Landvogt war zugleich Verwaltungsbehörde und Aufsichtsbehörde für die Bezirksbeamten. Über dem Landvogt stand als höchste Verwaltungsbehörde die Oberlandesregierung. Bei dieser Behörde waren zwei Senate gebildet, die unter bestimmten Voraussetzungen Appellations- und Revisionsgerichte waren. Gleichzeitig war aber der Oberlandesregierung auch die Verwaltung der Landespolizei und die Oberaufsicht über die Landesbeamten übertragen. Von einer Trennung von Justiz und Verwaltung konnte also hier noch nicht gesprochen werden.

Durch königliche VO. vom 22. 6. 1807 wurden verschiedene richterliche Funktionen, die bisher von der Oberlandesregierung erledigt worden waren, an Justizbehörden überwiesen: z. B. Injurien, Legitimation, Arresterkenntnisse, außergerichtliche Schuldklagen, Verfügungen über den jüngsten Besitz und anderes mehr [10]). Hierin ist ein erster wesentlicher Schritt zum Zweck der Trennung der Justiz von der Verwaltung zu erblicken [11])."

Die VO. betreffend neue Organisation des Departements des Innern und der Finanzen vom 1. 7. 1811 ging auf diesem Wege weiter und verwies von dem bisherigen Geschäftskreise der königlichen

[9]) Bornhak, aaO. S. 524.
[10]) Bühler, aaO. S. 25/26.
[11]) Gugel, aaO. S. 8.

Oberregierung an das königliche Justizministerium: „alle Justiz- und überhaupt litigiose Sachen im engeren und weiteren Sinne ..."

Durch die Verwaltungsorganisations-VO. vom 18. 11. 1817 wurde die Trennung der Justiz von der Verwaltung auch in den unteren Instanzen — wenn auch nicht restlos z. B. nicht in der Gemeindeverwaltung — durchgeführt. Eine Rechtsprechung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bestand seit dem Inkrafttreten der neuen Verfassungsurkunde vom 25. 9. 1819. Nach § 95 kann der Weg zum Richter keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrecht verletzt glaubt, verschlossen werden. Nach § 60 Zif. 1 der Verf.Urk. waren Beschwerden gegen die Entscheidungen der Minister gegeben, über welche der unmittelbar dem König unterstehende Geheime Rat unter Zuziehung der Vorstände des Obertribunals zu entscheiden hatte [12]).

Über Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen den Justiz- und Verwaltungsbehörden hatte der Geheime Rat nach § 59 Zif. 3 Verf.Urk. zu beraten und sie mit gutachtlicher Äußerung dem König zur Entscheidung vorzulegen. Bei dieser Regelung ist es in Württemberg bis zur Einführung des Gerichtsverfassungsgesetzes am 1. 10. 1879 geblieben.

In Bayern

Eine Trennung von Justiz und Verwaltung ließ sich hier bis zum Jahre 1779 noch nicht erkennen. Zur Zuständigkeit des Hofrats, der vornehmlichsten Regierungsbehörde, gehörte die Rechtspflege und die Polizei [13]). Mit Errichtung der Oberlandesregierung durch kurfürstliches Edikt vom 16. 8. 1779 trat eine gewisse Verteilung der Zuständigkeit ein, die sich als notwendig herausgestellt hatte. Dem Hofrat wurden die „Zivil- und Malefizhändel", der Hofkammer das Finanz- und Steuerwesen überwiesen, während die übrigen wichtigen Landes- und Polizeigeschäfte der Oberlandesregierung übertragen wurden.

In den Verordnungen vom 27. 3. 1817 [14]) und vom 17. 12. 1825 [15]) die Formation, den Wirkungskreis und den Geschäftsgang der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betreffend, wurde in § 1 bzw. § 11 der Wirkungskreis der Verwaltungsstellen genau bestimmt. Danach gehörte die ordentliche Rechtspflege in Zivil- und Strafsachen nicht mehr zu ihrer Zuständigkeit. Die bayrische Verfassungsurkunde

[12]) Gugel, S. 9.
[13]) Seydel, Bd. 1 S. 41.
[14]) R. Bl. S. 243.
[15]) R. Bl. S. 1055.

vom 26. 5. 1818 bestimmte vielmehr in Titel VIII § 1: „Die Gerichtsbarkeit geht vom Könige aus. Sie wird unter seiner Oberaufsicht durch eine geeignete Zahl von Ämtern und Obergerichten in einer gesetzlich bestimmten Instanzenordnung verwaltet." § 3 verhieß den Richtern die Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit.

Ebenso wie in Preußen hat sich auch in Bayern die Regelung der KK.e stark an das französische Recht angelehnt. Hier entschied zunächst der König über KK.e nach Anhörung des Staatsrats. In der Pfalz fällte der Staatsrat selbst das Erkenntnis, welches jedoch der Bestätigung durch den König bedurfte[16]). Man gab sich aber mit dieser Regelung nicht zufrieden. Jahrelange Verhandlungen im Landtag führten schließlich zum Erlaß des Gesetzes über die KK.e vom 28. 5. 1850. Dieses bestimmte in Artikel 1, daß die Konflikte zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden durch einen besonderen Senat des obersten Gerichtshofs zu entscheiden seien, der sich aus einem Vorsitzenden, drei Räten des obersten Gerichtshofs und drei höheren Verwaltungsbeamten zusammensetzte. Die 3 richterlichen Mitglieder wurden von der Plenarversammlung des obersten Gerichtshofs aus ihrer Mitte gewählt. Der König hatte seine Einflußnahme darauf beschränkt, die Verwaltungsbeamten zu bestellen. Die Mitgliedschaft dauerte 3 Jahre. An die Stelle dieses Gesetzes trat unter Berücksichtigung der Normativbestimmungen des § 17 GVG. das bayrische Gesetz vom 18. 8. 1879, die Entscheidung der KK.e zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden oder dem Verwaltungsgerichtshofe betreffend.

[16]) Seydel, Bd. 1 S. 534.

B.

Der Zuständigkeitsstreit nach geltendem Recht

1. Die Trennung von Justiz und Verwaltung

Der Gegensatz von Justiz und Verwaltung hat durch die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit stark an Bedeutung verloren. Die Forderung Montesquieus und der Aufklärung nach einer Kontrolle der Verwaltung durch die Justiz ist durch sie auf glückliche Weise erfüllt worden. Der Einzelne hat die Möglichkeit, gegenüber Eingriffen der Verwaltung Recht zu suchen. Dem Staat andererseits ist durch die Besetzung der Verwaltungsgerichte mit in der Verwaltung erfahrenen oder aus ihr hervorgegangenen Richtern die Gewähr gegeben, daß seine Belange gegenüber dem Einzelnen die erforderliche Berücksichtigung finden.

Heute hat der Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung seinen Niederschlag in der Bestimmung des § 13 GVG. und des § 4 EG. GVG. gefunden. § 13 GVG. lautet:

> „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind."

Der Inhalt und Sinn des § 13 GVG. ist vielfach erörtert und verschieden beantwortet worden [17]). Der Wortlaut der Bestimmung ist insofern unglücklich gefaßt worden, als er zwei Fragen miteinander verquickt, was bei den Erörterungen nicht immer ganz eingehend beachtet worden zu sein scheint. Er will nämlich einmal bestimmen, welche Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte im Gegensatz zu den Verwaltungsbehörden und -Gerichten gehören, was also Justizsachen (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen) sind. Zum andern will er aber auch gleichzeitig die Frage beantworten, wieweit diese Justizsachen vor die ordentlichen Gerichte oder vor andere Behörden gehören (z. B. besondere Gerichte) [18]). Durch diese gleichzeitige Beantwortung von zwei ganz verschiedenen Fragen hat der Gesetzgeber keine von beiden klar beantwortet.

[17]) Hartmann, Arch. f. d. ziv. Prax. 109 S. 144; Hofacker, aaO. S. 283.
[18]) vgl. Löwe-Rosenberg, S. 1209.

Wie aus der Entstehungsgeschichte des GVG.s und der damaligen Stellung der Länder zu entnehmen ist, hat er dies absichtlich getan. Das GVG. ist keine abgeschlossene Kodifikation wie die Prozeßordnungen. Es ist nur ein Rahmengesetz. Es wollte auf seinem Gebiet nur das Grundsätzliche bestimmen, die Regelung der Einzelheiten aber den Ländern überlassen. Seine Verfasser waren der begründeten Ansicht, daß die Bestimmungen über Einrichtung und Organisation der Gerichte, über die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht in das innere Staatsrecht der Länder eingriffen. Man scheute sich, kurz nach der glücklich verlaufenen Gründung des Reichs seinen Zusammenhalt auf eine Probe zu stellen, und begnügte sich demgemäß mit dem Erlaß grundsätzlicher Bestimmungen.

Der Entwurf eines GVG.s erklärte, der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit leide keine Definition [19]). Man glaubte damals, den Begriff als einen gegebenen [20]) voraussetzen zu können, weil er — ungeachtet seiner Verschiedenheit — überall gesetzlich im geschriebenen oder ungeschriebenen Recht festgelegt sei, und verzichtete deshalb auf eine reichsrechtliche Begriffsbestimmung. Bei der Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs, der großen reichsgesetzlichen Kodifikation des Privatrechts, versuchte man, dem § 13 GVG. einen weiteren Absatz hinzuzufügen, daß für die dem BGB. angehörenden Rechtsverhältnisse im Streitfalle der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden könne. Jedoch verfiel dieser Antrag der Ablehnung [21]).

Die Frage, wieweit solche bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen vor die ordentlichen Gerichte oder vor andere Behörden gehören sollen, ist ebenfalls nicht gelöst. § 13 GVG. besagt zwar zunächst, daß diese Justizsachen vor den ordentlichen Gerichten entschieden werden müssen („gehören"); der Bestimmung ist aber weiter zu entnehmen, daß für die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen auch Verwaltungsbehörden oder -gerichte zuständig sein können nämlich in dem Fall, in dem die Landesgesetzgebung dies bestimmt und sie damit dem Rechtsweg entzieht. Formell hat man sogar eine Fassung gewählt, wonach die ordentlichen Gerichte nur hilfsweise (subsidiär) zuständig sind. Schließlich gibt es auch noch Justizsachen, für die die Landesgesetzgebung mit Zustimmung des Reichsgesetzgebers oder die Reichsgesetzgebung selbst besondere Gerichte bestellt hat oder bestellen kann. Es ist also keineswegs gesagt, daß alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von den ordentlichen Gerichten entschieden werden müssen, sondern nur diejenigen, für die nicht die Zuständigkeit anderer Behörden gesetzlich

[19]) Hahn, S. 47.
[20]) O. Mayer, S. 173; Vierhaus, S. 235.
[21]) vgl. Apelt, S. 17.

bestimmt ist. Die Landesgesetzgebung hat damit grundsätzlich freie Hand behalten, ob sie den Rechtsweg zulassen will oder nicht [22]).

Nur aus einem Grunde hat das Reichsrecht ihr ausdrücklich vorgeschrieben, dürfe der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden: § 4 EG.ZPO., weil als Partei der Fiskus oder eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechts beteiligt ist.

Besonders erschwert wird die Abgrenzung der Justiz von der Verwaltung durch die Norm des § 4 EG. GVG. Danach ist die Landesgesetzgebung nicht gehindert, den ordentlichen Gerichten jede andere Art der Gerichtsbarkeit, also auch die Entscheidung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten zu übertragen [23]). Andere Geschäfte der Verwaltung dürfen ihnen aber bis auf die Justizverwaltung nicht zugewiesen werden. Der sich ergebende Zustand ist nun folgender. Nach § 13 GVG. werden die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten entschieden. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten können nach § 4 EG. GVG. von der Landesgesetzgebung aber auch den ordentlichen Gerichten übertragen werden. Es ist deshalb keineswegs gesagt, daß Streitigkeiten, die vor den ordentlichen Gerichten entschieden werden, bürgerlich-rechtlicher Natur sind. Andererseits steht aber auch die öffentlich-rechtliche Natur einer Sache nicht dann fest, wenn sie vor die Verwaltungsbehörden oder -gerichte kommt, da ja die Landesgesetzgebung nicht gehindert ist, für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten deren Zuständigkeit zu begründen [24]).

Dem Wortlaut des § 13 GVG. nach sind die Länder nicht gehindert, für Strafsachen beliebig die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder -gerichten zu begründen. Der Sinn der Bestimmung ist jedoch nicht in dieser Art auszulegen. Durch die Vorschriften der StPO. über polizeiliche Strafverfügungen §§ 413 ff. StPO. und Strafbescheide der Finanzbehörden §§ 419 ff. StPO. sind der Gerichtsbarkeit von Polizei- und Verwaltungsbehörden Grenzen gesteckt, über die die Landesgesetzgebung nicht hinausgehen darf, zumal auch hier der Betroffene gegen die Verfügung dieser Behörden auf gerichtliche Entscheidung antragen darf. „Wortlaut und Sinn des § 13 GVG. gehen also auseinander [25])."

2. Die Entscheidung über Vorfragen des anderen Ressorts

Nach früherer Rechtsanschauung war es möglich, daß eine Behörde bei der Entscheidung einer zu ihrem Aufgabenkreis gehörenden Angelegenheit über eine Vorfrage des andern Ressorts selbständig

[22]) Kern, Der gesetzl. Richter, S. 168.
[23]) Hofacker, Ordentl. Rechtsweg u. Verw.weg., S. 334.
[24]) Hofacker, S. 298/299.
[25]) Kern, Der ges. Richter, S. 169. Löwe-Rosenberg, S. 1211/1212.

entschied [26]). Unstreitig war den Gerichten diese Befugnis eingeräumt. Die Begründung dieser Ansicht wurde aus § 148 ZPO. entnommen, wonach das Gericht, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits von der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses durch die Verwaltungsbehörde abhängt, anordnen kann, daß die Verhandlung bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei. War also z. B. in einem Rechtsstreit, der die Feststellung des Eigentums zum Gegenstand hatte, die Öffentlichkeit eines Weges streitig, so lag es im Ermessen des Gerichts, ob es die Vorfrage aus dem Bereich der Verwaltung selbst entscheiden oder den Ausspruch der Verwaltung herbeiführen wollte. Die Entscheidung des Gerichts über die Zwischenfrage erwuchs nicht in Rechtskraft. Die Verwaltungsbehörde war, wenn sie in die Lage kam, über die Vorfrage zu entscheiden, an die Beurteilung durch das Gericht nicht gebunden.

Ebenso nahmen die Verwaltungsgerichte das Recht für sich in Anspruch, über alle ihre Entscheidung betreffenden Vorfragen zu befinden „selbst wenn solche einem anderen Rechtsgebiet, insbesondere dem bürgerlichen Recht angehören“ [27]); wenn also z. B. in einem Verwaltungsstreitverfahren der Kläger auf Freistellung von Straßenherstellungskosten klagte mit der Begründung, er sei nicht anliegender Eigentümer, so entschied das Verwaltungsgericht inzidenter über die Eigentumsfrage.

Mit der heutigen Auffassung ist dieser Grundsatz nicht mehr vereinbar. Denn er führt zu unerwünschten Gegensätzen zwischen Justiz und Verwaltung, indem Streitfragen zwischen den beiden Gewalten verschieden beurteilt werden. Nicht ohne Berechtigung spricht Huber [28]) hier von der früheren Zeit als „von einer Art von apokryphem Justizstaat“. Durch die Beurteilung von Fragen des öffentlichen Rechts und der Geltung von Verwaltungsakten maßen sich die Gerichte eine Kontrolle über die Verwaltung an, die mit der Anschauung vom heutigen Staat im Widerspruch steht. Die Gerichte werden deshalb in zunehmendem Maße an die Feststellungen der zuständigen Verwaltungsbehörden gebunden sein [29]). In dem Gesetz über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche vom 13. 12. 1934 hat sich die Verwaltung in § 3 Abs. 2 schon das Recht vorbehalten, gegebenenfalls Aussetzungen des gerichtlichen Verfahrens zu erzwingen.

Früher hat man in solchen Fällen des öfteren den Rechtsweg zu erschleichen versucht, indem man öffentlich-rechtliche Ansprüche in

[26]) vgl. RGZ. Bd. 58, S. 34.
[27]) OVG Bd. 74, S. 93; Bd. 78, S. 460.
[28]) Deutsches Recht 1935 S. 401.
[29]) Kern, Die Grundgedanken. S. 29.

das Gewand einer Vorfrage hüllte und sie im übrigen privatrechtlich darstellte, um eine Entscheidung des ordentlichen Gerichts herbeizuführen[30]). So klagte ein Eigentümer mehrerer Parzellen gegen einen gemeinnützigen Bauverein auf Rückauflassung seiner Parzellen[31]), die durch Enteignungsbescheid des Regierungspräsidenten zu Gunsten des Bauvereins enteignet worden waren, auf Berichtigung des Grundbuchs mit der Begründung, daß der Enteignungsbescheid unwirksam sei. Oder ein Eigentümer verlangte in einem ähnlichen Fall[32]) von einer Stadtgemeinde, zu deren Gunsten der Regierungspräsident zwei dem Kläger gehörige Parzellen auf Grund der VO. zur Behebung der dringendsten Wohnungsnot vom 9. 12. 1919 enteignet hatte, Unterlassung von Eingriffen in sein Eigentum und von Störungen im Besitz mit der Begründung, daß der Enteignungsbescheid rechtsungültig sei. Die Klage erblickt den Eingriff in dem Enteignungsbeschluß des Regierungspräsidenten und wendet sich damit tatsächlich gegen diesen Beschluß. In beiden Fällen hat der KGH. den Rechtsweg für unzulässig erklärt.

Oder eine Stadtgemeinde klagte gegen die staatliche Strombauverwaltung aus Geschäftsführung ohne Auftrag (sie hatte verwesendes Fleisch, das vom Rhein angeschwemmt war, entfernen lassen). Der KGH. erkannte auf Unzulässigkeit des Rechtswegs, da es sich um einen dem öffentlichen Recht angehörenden Streit zweier Polizeibehörden handele; der Klagegrund der Geschäftsführung ohne Auftrag mache die Sache nicht zu einer privatrechtlichen[33]).

3. Die Entscheidungsbefugnis der ordentlichen Gerichte über ihre Zuständigkeit

Wie aus den voraufgegangenen Erörterungen zu ersehen ist, ist die Scheidung der Justizsachen von den Verwaltungssachen in keiner Weise klar, noch einfach zu treffen. Es muß deshalb eine Stelle geben, die im einzelnen Fall Zweifelsfragen entscheidet. Das Reichsrecht hat im § 17 Abs. 1 GVG. die Gerichte hierzu ermächtigt: „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs."

Dieser äußerlich einfache Satz ist von weittragender Bedeutung. Er besagt, die Gerichte haben die ausschließliche Entscheidungsgewalt, ob sie sich für zuständig halten, in einem Rechtsstreit oder Strafverfahren das Urteil zu fällen, oder ob infolge ihrer Unzuständigkeitserklärung der ordentliche Rechtsweg nicht zulässig ist. Ihr An-

[30]) vgl. auch Maunz, S. 93.
[31]) E. KGH. v. 20. 3. 1926, PrVerwBl. Bd. 47 S. 530.
[32]) E. KGH. v. 30. 6. 1923, PrVerwBl. Bd. 45 S. 155.
[33]) E. KGH. v. 27. 6. 1914, Stölzel, Rechtsprechung ... § 56.

spruch hat bindende Kraft für alle anderen Behörden. Da nach § 2 EG. GVG. die Vorschriften des GVG.s nur auf die ordentliche, streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung finden, gilt dieser Satz nur für die ordentlichen Gerichte: die Amts-, Land- und Oberlandesgerichte und das Reichsgericht (§ 12 GVG.).

Durch diese Entscheidungsbefugnis sind die ordentlichen Gerichte der Verwaltung gegenüber bevorzugt. Sie haben die Möglichkeit, ihre Zuständigkeit auszudehnen, indem sie sich in zweifelhaften Grenzfällen für ihre Zuständigkeit entscheiden.

Dieser Grundsatz erleidet eine erhebliche Einschränkung durch die Bestimmungen über die KK.e, die nachfolgend entwickelt werden. Trotzdem wäre es nicht richtig zu behaupten, daß der Grundsatz des § 17 Abs. 1 nur auf dem Papier stände. Denn der Einzelne dürfte in Zweifelsfällen eher geneigt sein, sich an die ordentlichen Gerichte zu wenden, sodaß diese im allgemeinen sich zunächst mit der Zulässigkeit des Rechtswegs befassen müssen. Die Befugnis der Verwaltungsbehörden, den Gerichten die Zuständigkeit abzusprechen, setzt immer die Kenntnis von der Anhängigkeit der Sache bei Gericht und manche anderen Erfordernisse voraus. Steinweg[34]) hat nachgewiesen, daß in einer Reihe ihm bekannt gewordener Fälle die notwendige Erhebung des KK.s versäumt wurde, und infolgedessen die ordentlichen Gerichte Urteile erließen, die rechtskräftig und vollstreckt wurden, obwohl sie eigentlich nicht zu ihrer Zuständigkeit gehörten.

II. Der bejahende Zuständigkeitsstreit

(Positiver Kompetenzkonflikt)

Es haben sich in der Rechtsprechung zwei Möglichkeiten von Zuständigkeitsstreiten entwickelt. Der eine Fall entsteht, wenn sowohl die Gerichte wie die Verwaltungsorgane sich für zuständig zur Entscheidung eines Rechtsstreits erklären, in der Literatur bisher „positiver KK." genannt. Der andere Fall ist gegeben, wenn die ordentlichen Gerichte und die Verwaltungsorgane ihre Zuständigkeit ablehnen, „negativer KK.". Wegen der größeren und allgemeinen Bedeutung soll zunächst der positive KK. oder bejahende Zuständigkeitsstreit behandelt werden.

Bei den Gerichten liegt die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs (§ 17 Abs. 1 GVG.). Wenn sie seine Zulässigkeit bejahen, können Streitigkeiten nur dann entstehen, wenn die Verwaltungsbehörden der Ansicht sind, daß der Rechtsweg nicht zulässig sei. Damit ist der bedeutende Grundsatz gewonnen, der im Reichsrecht nicht niedergelegt ist, daß nur die Verwaltungsbehörden in der Lage

[34]) aaO. IV. Abschnitt: Der versäumte KK., S. 81 ff.

sind, den KK. zu erheben, wenn sie sich entgegen der Auffassung der Gerichte für zuständig halten. Nicht haben die Gerichte ihrerseits die Möglichkeit, den Verwaltungsbehörden eine Sache zu entziehen, wenn sie sich zur Entscheidung berufen glauben. Das Recht der Konfliktserhebung ist also kein wechselseitiges. Das ist unbestritten [35]). Auch die Landesgesetze und Verordnungen haben nie auf einem anderen Standpunkt gestanden. Es ist dies die französische Auffassung, die schon vor Erlaß der Reichsjustizgesetze in dem preußischen Gesetz von 1847 und in dem bayrischen von 1850 Eingang gefunden hatte [36]). In Frankreich bestimmten die Verwaltungsbehörden ihre Zuständigkeit und hatten das Recht, jede bei den Gerichten anhängige Sache, für deren Erledigung sie sich für zuständig hielten, an sich zu ziehen.

a) Die Anhängigkeit einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit

Aus dem Wort „Konflikt" könnte geschlossen werden, daß es sich um eine Meinungsverschiedenheit handeln, daß das Gericht seine Ansicht geäußert haben und die Verwaltungsbehörde dazu in Widerspruch getreten sein müsse, um einen Zuständigkeitsstreit entstehen zu lassen. Das trifft jedoch nicht zu. Nach den gesetzlichen Bestimmungen kann der KK. erhoben werden „in einer bei dem bürgerlichen Gericht anhängigen Sache" (Art. 4 Württemb. Ges.), „in einem bei den Gerichten anhängigen bürgerlichen Rechtsstreit" (§ 4 Pr. VO.). Es kommt danach auf die Anhängigkeit der Sache bei Gericht an. Anhängig wird ein Rechtsstreit gemäß §§ 253, 263 ZPO. durch Zustellung der mit der Terminbestimmung versehenen Klageschrift. Nicht notwendig muß also das Gericht sich schon mit der Sache selbst befaßt haben. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs ist somit nicht erforderlich.

Für die KK.s-erhebung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten müssen zwei Voraussetzungen notwendig vorhanden sein: einmal muß eine wirkliche, richterliche Tätigkeit entwickelt worden sein, und weiter muß dies ein Gericht der ordentlichen, streitigen Gerichtsbarkeit getan haben.

Damit ist in der verwaltenden Tätigkeit der Gerichte ein KK. ausgeschlossen. Auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann den Gerichten die Zuständigkeit nicht streitig gemacht werden. Dieser Grundsatz galt schon unter dem preußischen Gesetz von 1847 [37]). Bayern macht hier wie früher so auch heute eine Ausnahme. Gemäß Art. 27 des Gesetzes von 1879 finden die Bestimmungen über

---

[35]) Stölzel, Rechtsweg ... S. 347; Droop, S. 111 N. 10; Oppenhoff S. 464, Note 8.

[36]) Bornhak Bd. II, S. 524/525.

[37]) Oppenhoff S. 467 Note 19.

die Entscheidung von KK.en auf nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörige Angelegenheiten, welche bei einem Gericht anhängig sind, entsprechende Anwendung. Da die reichsrechtlichen Normen hierüber schweigen, dürfte der bayrischen Anordnung die Gültigkeit zuzusprechen sein[38]). Jedoch erscheint die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die zukünftige Gesetzgebung nicht erforderlich. Zwar können nicht nur durch die Entscheidungen der Gerichte im Prozeß Übergriffe in das Gebiet der Verwaltung stattfinden sondern auch bei ihrer verwaltenden Tätigkeit. Aber diese hat doch in erster Linie nur die Interessen privater Personen zum Ausgleich zu bringen (wie bei Grundbucheintragungen, vormundschaftsgerichtlichen Handlungen), durch die die Verwaltung nicht berührt wird.

Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit besagt auch nicht etwa, daß nur anläßlich eines Zivilprozesses der KK. erhoben werden könnte. Der KGH. hat des öfteren entschieden, und es wird in der Literatur nicht bestritten, daß ein KK. auch gegen eine Streitverkündung gerichtet sein kann, daß er ferner vor Erhebung der Klage in einem Arrestverfahren oder einem Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung erlaubt ist[39]). Auch in einem Mahnverfahren wird man ihn für zulässig halten können[40]). Dagegen wird der KK. in einem Zwangsvollstreckungsverfahren auf Grund eines rechtskräftigen Urteils nicht zulässig sein, wenngleich die entgegenstehende Ansicht z. T., z. B. von Fischer[41]), sehr stark vertreten wurde.

Zunächst scheiden hier die Fälle aus, in denen noch kein rechtskräftiges, sondern nur ein vorläufig vollstreckbares Urteil vorliegt. Hierzu ist ausdrücklich bestimmt[42]), daß das Gericht, bei welchem die Sache anhängig ist, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung anzuordnen hat. Weiter bleiben außer Betracht die Sachen, in denen eine Zwangsvollstreckung aus andern als rechtskräftigen Titeln erfolgt z. B. aus Vergleichen oder vollstreckbaren Urkunden § 794 Zif. 1 und 5 ZPO. Ohne Zweifel ist in diesen Fällen die Erhebung des KK.s möglich.

Zum gleichen Ergebnis versucht Fischer zu kommen. Er betont den Charakter der Zwangsvollstreckung als einer durchaus selbständigen Unterart der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit mit selbständigen Prozeßvoraussetzungen und stellt fest, daß die Vollstreckungsorgane verpflichtet sind, die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges selbständig zu prüfen, und daß für die Bejahung dieser Frage die Feststellung des erkennenden Gerichts nicht präjudiziell ist. Er will im

[38]) vgl. hierzu § 200 Abs. 1 Freiw. Ger.-Gesetz.
[39]) E. KGH. v. 14. 1. 1882; Oppenhoff S. 469 Note 32.
[40]) Gl. Ans.: Bayr. KGH. Erk. v. 28. 3. 1896, Samml. d. Entsch. S. 218.
[41]) aaO. S. 186 ff.
[42]) § 19 Pr.VO.; Art. 12 Bayr. Ges.

Wege der Auslegung die für den Prozeß gegebenen Bestimmungen auf das Zwangsvollstreckungsverfahren anwenden. Fischer schlägt sich jedoch mit seinen eigenen Worten. Er bringt nämlich zu Beginn seines Aufsatzes eine Aufstellung der Gründe, die gegen seine Meinung streiten: Zunächst der Gesetzestext § 17 Abs. 2 Zif. 4 GVG., wonach es bei rechtskräftigen, den Rechtsweg bejahenden Entscheidungen des Gerichts damit sein Bewenden hat. Weiter sprechen die landesrechtlichen Bestimmungen (§§ 4, 7 der Pr. VO.; Art. 4, 8 des württemb. Ges.) nur von einem bei Gericht anhängigen bürgerlichen Rechtsstreit, von einem „Prozeßverfahren", davon, daß durch den nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung erhobenen KK. die Verkündung einer Entscheidung gehindert wird. § 19 regelt das Verfahren bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen.

Diese ganzen Bestimmungen, insbesondere § 17 Abs. 2 Zif. 4 GVG. reden eine so eindeutige und klare Sprache, daß überhaupt kein Zweifel möglich sein kann, daß im Zwangsvollstreckungsverfahren auf Grund von rechtskräftigen Urteilen der KK. unzulässig ist. Fischer beruft sich außerdem auf den Fall, in dem im Arrestverfahren das Guthaben der rumänischen Regierung bei dem Bankhaus Bleichröder gepfändet und der daraufhin vom Minister des Auswärtigen erhobene KK. für zulässig erklärt wurde. Des weiteren zieht er noch den seinerzeit die Gemüter stark bewegenden Fall v. Hellfeld gegen das russische Reich heran, in dem der im Zwangsvollstreckungsverfahren auf Grund eines rechtskräftigen Urteils gegen das russische Reich vom Außenminister erhobene KK. gleichfalls für zulässig erkannt wurde [43]). Schon damals bestand gegen Fischer eine starke Gegnerschaft [44]). Diejenigen Meinungen, die Fischer für sich anführt, lassen erkennen, daß sie das Vorgehen des Ministers für nicht ganz unbedenklich halten, daß aber die Staatsraison dazu zwinge. Kohler macht den Versuch einer Rechtfertigung, wenn er behauptet, die Bestimmung über die Zulässigkeit des KK.s beziehe sich nur auf innerstaatliche Verhältnisse.

Das aus Gründen des Staatsinteresses und außenpolitischen Rücksichten geborene Vorgehen des Ministers dürfte viel eher mit der Auffassung zu rechtfertigen sein, daß ein Urteil gegen eine ausländische Macht überhaupt nicht ergehen kann und daß, falls ein solches Urteil gefällt wird, es sich um ein nichtiges Urteil handelt, das überhaupt nicht rechtskräftig werden kann. Der Akt des Gerichts ist aus rechtlichen Gründen ungültig, weil die Verfolgungsfähigkeit des Subjekts

[43]) vgl. Seydel, S. 544, der eine gleiche Entscheidung des bayr. KGH.s anführt, dessen Auffassung aber für bedenklich hält.

[44]) vgl. die S. 222 von ihm zit. Vertreter.

fehlt[45]). Eine ausländische Macht unterliegt nur dann der deutschen Gerichtsbarkeit, wenn sie sich ihr unterworfen hat. Mangels eines wirksamen rechtskräftigen Urteils wäre die Erhebung des KK.s zulässig gewesen, nicht aber mit der Begründung, daß auch noch in der Zwangsvollstreckung auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses der KK. möglich sei.

Wenn mehrere Ansprüche in einer Klage geltend gemacht werden, ist die KK.s-erhebung hinsichtlich eines von ihnen zulässig. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus § 145 ZPO. Denn wenn das Gericht, falls mehrere Ansprüche in einer Klage erhoben worden sind, die Verhandlung in getrennten Prozessen anordnen kann, so muß auch der KK. wegen eines Anspruches zulässig sein[46]).

b) Die Stellung der Sondergerichte

Die Fälle, in denen sich ein ordentliches Gericht und ein Sondergericht um die Zuständigkeit streiten, können nicht zu den KK.en gerechnet werden. Denn es handelt sich hier nicht um einen Streit, ob der ordentliche Rechtsweg zulässig ist oder nicht. Im Gegenteil gehen beide Gerichte davon aus, daß der ordentliche Rechtsweg zulässig ist. Sondern es liegt eine Meinungsverschiedenheit über das sachlich zuständige Justizgericht vor. Diese Streitfälle sind im Gesetz nicht geregelt. Da eine beiden Gerichten gemeinsame höhere Instanz fehlt, ist bis zu einem Eingreifen des Gesetzgebers eine gütliche Einigung der einzige Weg[47]). Es dürfte jedenfalls nicht angängig sein, die Ansicht der ordentlichen Gerichte deshalb maßgebend sein zu lassen, weil nur sie gemäß § 17 Abs. 1 GVG. über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden. M. E. kann § 17 Abs. 1 GVG auch auf die Sondergerichte angewandt werden. Die Kommentare von Löwe-Rosenberg[48]) und Sydow-Busch[49]) definieren die Sondergerichte unter Übernahme der Rechtsprechung des Reichsgerichts „als mit der Ausübung ordentlicher streitiger Gerichtsbarkeit befaßte Behörden, die weder zu den in § 12 GVG. bezeichneten Gerichten, noch zu den in § 13 GVG. genannten Verwaltungsbehörden oder -gerichten gehören".

Danach ist für die Sondergerichte die Ausübung ordentlicher, streitiger Gerichtsbarkeit wesentlich. Nach § 2 EG. GVG. finden die Vorschriften des GVG.s nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung. Es ist also nicht gesagt,

---

[45]) s. Sauer, aaO. S. 440/442; auch Triepel, aaO. S. 240/241 kommt zu diesem Ergebnis.

[46]) Gl. Ansicht Oppenhoff, S. 482 Note 123.

[47]) Löwe-Rosenberg, § 13 Nr. 15 d. GVG. S. 1216; Hellwig, Syst. des deutsch. ZivProz.-Rechts § 27 I 2.

[48]) S. 1213.

[49]) § 13 Anm. 5 GVG.

daß die Vorschriften nur auf die ordentlichen Gerichte Anwendung finden. Es darf deshalb m. E. gefolgert werden, daß die Sondergerichte, da sie sich mit der Ausübung ordentlicher, streitiger Gerichtsbarkeit befassen, auch gemäß § 17 Abs. 1 GVG. über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden können.

Mit Rücksicht auf § 2 EG. GVG. erscheint es zulässig, die Sondergerichte in mancher Hinsicht den ordentlichen Gerichten gleichzustellen. Die Sondergerichte sind auch Gerichte, mit dem wesentlichen Unterschied von den ordentlichen Gerichten, daß sie nur entweder für bestimmte Personen, bestimmte Sachen oder besondere Orte zuständig sind [50]).

Zunächst dürfte die Gleichstellung zulässig sein, daß es bei der Entscheidung des Sondergerichts bleibt, auch wenn dieses einmal unter Überschreitung seiner Grenzen in einem Rechtsstreit rechtskräftig entschieden hat. Eine Berufung oder ein Angehen der ordentlichen Gerichte ist nur in den gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Fällen möglich [51]). Unzweifelhaft ist, wenn ein ordentliches Gericht in einer vor ein Sondergericht gehörenden Sache entschieden hat, die Entscheidung des ordentlichen Gerichts endgültig, und einem weiteren Verfahren vor den Sondergerichten steht die Einrede der bereits entschiedenen Sache entgegen.

Weiter muß eine Gleichstellung der Sondergerichte mit den ordentlichen Gerichten darin erlaubt sein, daß ihnen gegenüber auch ein KK. erhoben werden kann. Wenn diese Ansicht in der Literatur auch überwiegend verneint [52]) wird, so erscheint sie in Anbetracht der vorhergehenden Ausführungen doch zutreffend. Es ist auch nicht einzusehen, warum die Verwaltung deshalb schlechter gestellt sein sollte, weil ein Teil der Gerichtsbarkeit, der gegenüber sie sonst zur Erhebung des KK.s berechtigt ist, aus Zweckmäßigkeitsgründen vor einem besonderen Gericht zusammengefaßt und erledigt wird.

c) Die Bedeutung des rechtskräftigen Urteils

In einem Fall hat das Reichsrecht die Erhebung des KK.s ausdrücklich untersagt, § 17 Abs. 2 Zif. 4 GVG.:

> „Sofern die Zulässigkeit des Rechtswegs durch rechtskräftiges Urteil des Gerichts feststeht, ohne daß zuvor auf die Entscheidung der besonderen Behörde angetragen war, bleibt die Entscheidung des Gerichts maßgebend."

Nicht jedes rechtskräftige Urteil schließt einen KK. aus, sondern nur dasjenige, welches die Zulässigkeit des Rechtsweges bejaht. Beim negativen KK. ist im Gegenteil gerade ein rechtskräftiges Urteil Vor-

---

[50]) vgl. des näheren Kern, Der gesetzliche Richter, S. 164/165.

[51]) Beispiele aus früherer Zeit bei Kern, ebenda, S. 165.

[52]) Hellwig, Lehrbuch d. deutsch. Ziv.-Proz.-Rechts, S. 92/93; Droop, aaO. S. 114, Note 18; Drews, aaO. S. 39.

aussetzung für das Vorliegen eines KK.s. Das Gericht kann auf zweifache Weise den Rechtsweg zulassen, einmal stillschweigend durch Entscheidung in der Sache — eine ausdrückliche Entscheidung über diesen Punkt ist hier ebensowenig erforderlich wie zur Entstehung eines KK.s — oder ausdrücklich durch rechtskräftige Verwerfung der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs.

Ein rechtskräftiges Teilurteil macht natürlich die Erhebung des KK.s bezüglich des Anspruchs, über den noch nicht entschieden ist, nicht unzulässig (§ 301 ZPO.). Dagegen kann der KK. nicht mehr erhoben werden, wenn in einem Prozeß, nachdem über den Grund des Anspruches bereits rechtskräftig entschieden ist, nur noch über die Höhe des Betrages oder den Umfang der Leistung gestritten wird z. B. bei Grundvorabentscheidungsurteilen § 304 ZPO.[53]). Denn hier liegt über die Natur des Anspruches — und darauf kommt es an — bereits ein rechtskräftiges Urteil vor, bei welchem es nach der reichsrechtlichen Norm sein Bewenden hat.

Desgleichen kann der KK. in einem anhängigen Prozesse nicht mehr erhoben werden, wenn dieser nur die Durchsetzung der Zwangsvollstreckung eines bereits rechtskräftig zuerkannten Anspruches betrifft z. B. § 893 ZPO.[54]).

An solche rechtskräftigen, den Rechtsweg bejahenden Entscheidungen ist die Regierung und Verwaltung gebunden. Dies gilt selbst dann, wenn das Gericht die Zulässigkeit des Rechtsweges gar nicht besonders geprüft oder zu Unrecht angenommen hat.

Schließlich bedarf noch die Frage einer Erörterung, welche Folgen eintreten, wenn, bevor der KK. erhoben worden ist, ein rechtskräftiges Urteil des ordentlichen Gerichts wie ein ebensolches Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vorliegen, wobei letzteres im Gegensatz zum ordentlichen Gericht die Zulässigkeit des Rechtswegs verneint. Der württembergische Gesetzgeber hat sich auf einfache Weise zu helfen gewußt, indem er in Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes bestimmt, daß in diesem Fall gegen die rechtskräftige Entscheidung des Verwaltungsgerichts die Restitutionsklage nach Maßgabe der bürgerlichen Prozeßordnung (heute der ZPO.) zulässig sein soll. Für die übrigen Länder gibt § 17 Abs. 2 Zif. 4 GVG. die Lösung: Das Urteil des ordentlichen Gerichts ist maßgebend[55]), das Verwaltungsgericht muß zurücktreten. Es ist dies ein unerfreulicher Zustand, der in der Praxis aber nicht häufig vorkommen wird.

Wenn nach rechtzeitig erhobenem KK. das Gericht oder die höhere Instanz ein nicht mehr anfechtbares Urteil erläßt, so wird dies

[53]) Droop, S. 114 Note 15.
[54]) ähnlich Oppenhoff, S. 472 Note 49.
[55]) ebenso O. Mayer, S. 180

insoweit keine Geltung haben dürfen, als es der Entscheidung des KGH.s entgegensteht[56]), es sei denn, daß das Reichsgericht gesprochen hat[57]).

d) Der Zuständigkeitsstreit in Strafsachen

Die Frage, ob ein KK. stets erhoben werden kann, wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs zweifelhaft ist, ist nach dem Reichsrecht zu bejahen. Der § 17, II GVG. spricht nur von Streitigkeiten über die Zulässigkeit des Rechtswegs. Da unter Rechtsweg das Verfahren vor den ordentlichen Zivil- und Strafgerichten zu verstehen ist, so steht der Erhebung des KK.s in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen an sich nichts entgegen[58]). Der Ausdruck „Zulässigkeit des Rechtswegs" gehört aber nur dem Sprachschatz des Zivilprozesses an (§ 274 Abs. 2 Zif. 2 ZPO.). Die Möglichkeit eines Zuständigkeitsstreits in Strafsachen ist fast ausgeschlossen. Löwe[59]) bringt als ein mögliches Beispiel: Bei einem Delikt, welches Gegenstand eines Verwaltungsstrafverfahrens sein kann, eröffnet das Gericht die Untersuchung, ohne daß die Vorbedingungen für das gerichtliche Verfahren erfüllt sind. Einen bestimmten einzelnen Fall kann er auch nicht nennen. Ein negativer KK. würde zur Straflosigkeit des Angeschuldigten führen, wenn nicht das Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet wird.

Unter der Geltung des preußischen Gesetzes von 1847 war die Erhebung des KK.s in Strafsachen möglich. Der Gesetzestext sprach nur davon, daß eine Verwaltungsbehörde „in einer Rechtssache" die Erhebung für erforderlich halte. In den früher möglichen Fällen (im gerichtlichen Verfahren gegen polizeiliche Exekutivstrafen, strafgerichtliche Verfolgung von Beamten wegen Amtspflichtverletzungen)[60]) ist heute die Zuständigkeit und der Gang des Verfahrens gesetzlich ausdrücklich geregelt: bei polizeilichen Strafverfügungen — der Antrag auf gerichtliche Entscheidung § 414 StPO.; bei der Verfolgung von Beamten — das Recht der Behörde, den Konflikt zu erheben § 147 DGB. Somit können heute hier keine Zuständigkeitsstreitfragen mehr entstehen.

Die geringe praktische Bedeutung scheint denn auch Preußen und Württemberg veranlaßt zu haben, die Erhebung des KK.s in

---

[56]) Nach § 16 des sächs. Ges. von 1879 kann dann gegen das den Rechtsweg zulassende Urteil binnen 5 Jahren die beteiligte Verwaltungsbehörde die Entscheidung des KGH.s beantragen, mit dessen entgegengesetztem Erkenntnis das Urteil des Prozeßgerichts außer Kraft tritt.

[57]) vgl. JW. 1937 S. 225.

[58]) Nadbyl, aaO. S. 812.

[59]) § 17 Anm. 2 GVG.

[60]) Droop, S. 115 Note 20.

Strafsachen auszuschließen. Nach § 4 der preußischen VO. von 1879 und Art. 1 des württemberg. Gesetzes ist die Erhebung des KK.s nur in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten möglich[61]). Für den Fall eines KK.s in Strafsachen zwischen Gerichten und anderen mit Strafgewalt ausgestatteten Behörden oder Militärgerichten bestimmt Art. 3 des württembg. Ausführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung, daß ein Strafsenat des OLG.s in der Besetzung von 7 Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden entscheiden soll.

e) Der Eingriff in die Verwaltung

Der KK. kann von den hierfür zuständigen höheren Behörden erhoben werden, wenn die Zuständigkeit zur Entscheidung einer Sache von den Verwaltungsbehörden oder auch von den Verwaltungsgerichten in Anspruch genommen wird. Das Erfordernis, daß die Unzulässigkeit des Rechtsweges zur KK.s-erhebung nicht ausreicht, sondern auch die eigene Zuständigkeit begründet sein muß, läßt sich aus dem Gesetzestext nicht klar entnehmen. Die preußische VO. spricht nur davon „wenn die Verwaltungsbehörden den Rechtsweg ... für unzulässig erachten und deshalb der KK. erhoben wird", der württembergische Text davon, daß wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs der KK. erhoben werden kann. Auch das Reichsrecht nennt nur „Streitigkeiten über die Zulässigkeit des Rechtswegs". Trotzdem herrscht in Rechtsprechung und Literatur Einmütigkeit darüber, daß in den Aufgabenkreis der Verwaltung durch die gerichtliche Behandlung tatsächlich eingegriffen werden muß. Die bloße Besorgnis, die Verwaltung könne durch das gerichtliche Verfahren berührt werden, genügt nicht zur Erhebung des KK.s[62]).

Hier weicht die deutsche Regelung von der französischen erheblich ab, nach der die Verwaltungsbehörden nur zu behaupten brauchen, sie hielten den Rechtsweg für unzulässig, um den Gerichten eine Sache zu entziehen, ohne daß damit jedoch ihre eigene Zuständigkeit gegeben sein mußte[63]).

Während die frühere[64]) deutsche Auffassung verlangte, daß die erhebende Verwaltungsbehörde selbst oder die ihr untergeordnete Instanz zur Entscheidung berufen sei, hat sich anläßlich der von Einzelnen erwirkten Verfügungen deutscher Ländergerichte gegen ausländische Staaten die Ansicht gebildet[65]), daß es zur Begründung

[61]) Maunz, S. 88, will den KK. auch gegenüber Dienststrafgerichten zulassen; m. E. zu Unrecht.
[62]) Triepel, S. 247; Oppenhoff, S. 475 Note 77.
[63]) vgl. Bornhak, S. 524.
[64]) O. Mayer, 1. Aufl. Bd. 1 S. 222; dagegen 3. Aufl. S. 181, wo er über diesen Punkt schweigt.
[65]) Oppenhoff S. 475 Note 72.

des KK.s genüge, wenn eine Verwaltungsbehörde behaupte, daß sie die Erledigung (also nicht die Entscheidung) selbst herbeiführen werde. Die in diesen Fällen den KK. erhebenden Ministerien des Auswärtigen waren selbst auch nicht zur Entscheidung berufen, weil die ausländischen Mächte der deutschen Gerichtsbarkeit nicht unterliegen. Sie konnten nur auf diplomatischem Wege nach den Regeln des Völkerrechts die Angelegenheit mit dem betreffenden Land zu erledigen versuchen [66]).

Diese etwas gelockerte Auffassung über eine Voraussetzung des KK.s erscheint durchaus angebracht. Ebenso wie die zur KK.serhebung ermächtigten oberen Behörden nicht die unmittelbar eigne Zuständigkeit behaupten müssen, sondern auch auf die Anzeige von unteren Verwaltungsorganen mit der Behauptung ihrer Zuständigkeit den KK. zu erheben befugt sind, muß in Anbetracht der Mannigfaltigkeit der staatlichen Verwaltungstätigkeit die Erklärung des Verwaltungsorgans genügen, daß es, wenn auch nicht die Entscheidung, so doch die Erledigung der Angelegenheit herbeiführen wolle. Außerdem findet die entgegengesetzte strenge Auffassung im Gesetz keine Grundlage.

III. Der verneinende Zuständigkeitsstreit

(Negativer Kompetenzkonflikt)

Der negative KK. wird nicht wie der positive durch Erklärung einer Verwaltungsbehörde erhoben, sondern er liegt vor, wenn einerseits die Gerichte und andererseits die Verwaltungsorgane ihre Unzuständigkeit ausgesprochen haben. Gleichgültig ist, welche von beiden Behörden zuerst angegangen wurde.

Während die bayrischen und württembergischen Bestimmungen einfache Unzuständigkeitserklärungen erfordern, begnügt sich die preußische VO. hiermit nicht, sondern verlangt, daß die eine Art der Behörden sich deshalb für unzuständig erklärt habe, weil sie die andere Art für zuständig halte und umgekehrt. Der KGH. hat hinsichtlich dieser Erklärungen stets sehr strenge Anforderungen gestellt. Das Vorliegen eines negativen KK.s hat er verneint z. B.

a) wenn eine der Entscheidungen nicht die eigene Unzuständigkeit aussprach;
b) wenn die Gerichte eine andere Verwaltungsbehörde für zuständig erklärten als diejenige, die sich für unzuständig hielt;
c) wenn die Verw.behörde sich für unzuständig erklärte, nicht weil die Gerichte, sondern weil eine andere Verwaltungsbehörde zuständig sei;

---

[66]) vgl. E. KGH. bei Stölzel vom 25. 6. 1910 Nr. 2621; vom 29. 5. 1920 Nr. 2714; vom 13. 11. 1920 Nr. 2728 und andere.

d) sogar dann, wenn von zwei Behörden jede sich für unzuständig und eine andere für zuständig erklärte, wenn aber nach Ansicht des KGH.s keine von diesen beiden sondern eine dritte Behörde zuständig war.

Wie Stölzel zu d) richtig ausführt, wäre eine Entscheidung, daß keine der beiden Behörden zuständig sei, richtiger als die Zurückweisung des Antrages auf Entscheidung des Zuständigkeitsstreits.

Ein negativer KK. liegt noch nicht vor, wenn entweder die Verwaltungsbehörden oder die Verwaltungsgerichte ihre Unzuständigkeit ausgesprochen haben. Sondern beide Behörden müssen angerufen worden sein, und beide müssen ihre Zuständigkeit verneint haben, weil jede von ihnen die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit für zuständig halte. Sowie eine dieser Voraussetzungen nicht peinlich genau erfüllt ist, hat der preußische KGH. den § 21 der VO. für nicht anwendbar erklärt[67]). Das ist mehr, als das Gesetz verlangt. Denn nach § 21 müssen einerseits die Gerichte und andererseits die Verwaltungsbehörden o d e r (nicht: „und") Verwaltungsgerichte ihre Unzuständigkeit ausgesprochen haben. Der klare Wortlaut erfordert unzweifelhaft nur die Entscheidung einer von beiden Verwaltungsbehörden. Jedoch ist diese Gewohnheit des KGH.s wohl darauf zurückzuführen, daß die Regierung und Verwaltung an dem KK. uninteressiert ist, der einzelne Rechtsuchende aber erst dann den Schutz der besonderen Behörde genießen soll, wenn er alle ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten erschöpft hat.

Es ist hierbei noch zu beachten, daß die Abweisung der Klage „wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs bzw. Verwaltungswegs" erfolgt sein muß. Ein rechtskräftiges Urteil, daß die Klage aus sachlichen oder prozessualen Gründen abweist, kann einen negativen KK. nicht begründen, da es ja nicht die Unzuständigkeit der Behörde ausspricht, sondern in der Sache entscheidet[68]).

Weiter müssen die streitenden Behörden ihre Unzuständigkeit endgültig erklärt haben. Endgültig ist ein Ausspruch, der nicht oder nicht mehr angefochten werden kann: ein rechtskräftiges Urteil eines unteren, ein unanfechtbares Urteil eines hohen Gerichts; endgültige Unzuständigkeitserklärungen der Verwaltung in höchster Instanz oder solche Entscheidungen, gegen die es kein Rechtsmittel gibt.

Während beim positiven KK. ein rechtskräftiges Urteil des Gerichts jeden KK. abschnitt, wird der negative KK. im Gegenteil durch ein solches Urteil bedingt. Nach dem preußischen Gesetz von 1847 hatte sich hierüber mangels einer Bestimmung eine Meinungsverschiedenheit gebildet. § 20 des damaligen Gesetzes bestimmte:

---

[67]) vgl. E.KGH. bei Stölzel 2. Nachtrag „Die neueste Rechtsprechung" ..., 1906, vom 28. 4. 1906 Nr. 2566, S. 6 u. a.

[68]) vgl. E. KGH. bei Stölzel, Rechtsprechung ... vom 27. 6. 1925 Nr. 2884.

„Der im § 1 angeordnete Gerichtshof hat auch über solche Streitigkeiten zwischen den Gerichts- und Verwaltungsbehörden zu entscheiden, bei welchen eine jede der beiden Behörden sich in der Sache für inkompetent und dagegen die andere für kompetent hält."

Es entstand die Frage, ob § 2 des damaligen Gesetzes (die Bestimmung, daß der KK. in rechtskräftig von den Gerichten entschiedenen Sachen nicht erhoben werden kann) auch für den negativen KK. gelte. Der Justizminister holte über diese Streitfrage ein Gutachten des KGH.s ein, das die Anwendbarkeit des § 2 verneinte und dahin entschied, es müsse die Erledigung des Prozesses durch die höheren Gerichts- und Verwaltungsbehörden nicht zu bewirken sein[69]). Diese Ansicht entspricht der heutigen Auffassung, wonach die Behörden ihre Unzuständigkeit endgültig ausgesprochen haben müssen. Trotz dieser klaren Bestimmung hat Rassow[70]) die Behauptung aufgestellt, daß bei Vorliegen einer rechtskräftigen, gerichtlichen Entscheidung auch heute noch der negative KK. unzulässig sei. Er greift die Gültigkeit des § 21 mit Hinweis auf § 17 EG. GVG. an. Die preußische VO. habe das Gesetz von 1847 nur den Bestimmungen des GVG.s anpassen dürfen. Mit § 21 habe sie aber eine unerlaubte Rechtsänderung eingeführt. Es hätte deshalb noch die frühere Bestimmung Geltung.

Da, wie dargelegt, schon unter dem Gesetz von 1847 der negative KK. bei rechtskräftigen Urteilen durchaus möglich war, heute ausdrücklich eine endgültige Entscheidung verlangt wird, so steht denn auch Rassow mit seiner Ansicht allein da, und es erübrigt sich, wegen offenbaren Irrtums auf seine Meinung heute noch näher einzugehen. Im übrigen wendet er sich weniger gegen ein rechtskräftiges Urteil irgendeines Gerichts als hauptsächlich gegen die Ansicht des Kgh.s, daß er ein reichsgerichtliches Urteil aufheben könne. In diesem Punkt sind seine Ausführungen durch die preußische Gesetzgebung bestätigt worden.

Ferner ist noch Voraussetzung für einen negativen KK., daß sich noch nicht das Reichsgericht mit der Sache beschäftigt hat. Der preußische KGH. hat versucht, Entscheidungen des Reichsgerichts, die die Zulässigkeit des Rechtswegs verneinten, aufzuheben, den Rechtsweg für zulässig zu erklären und die Sache zur anderweitigen Entscheidung an das Reichsgericht zurückzuverweisen. Das Reichsgericht[71]) hat sich jedoch geweigert, die Entscheidung des KGH.s anzuerkennen, indem es erklärte, eine Landesbehörde könne nicht die Erkenntnisse des höchsten ordentlichen Gerichts des Reiches aufheben und diesem eine bestimmte Stellungnahme vorschreiben. Heute ist jede Streitmöglichkeit durch Art. 1 Abs. 2 des preuß. Gesetzes von 1902 aus-

---

[69]) Stölzel, Rechtsweg ... S. 378.
[70]) In Gruch. Beitr. Bd. 43 S. 793.
[71]) RGZ. Bd. 44 S. 380.

geschlossen: „Diese Vorschriften finden keine Anwendung (siehe die Bestimmungen über das Verfahren bei neg. KK.en), wenn die Unzuständigkeit der Gerichte von dem Reichsgericht ausgesprochen ist." Mit andern Worten: Hat das Reichsgericht die Zulässigkeit des Rechtswegs verneint, ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen.

In Bayern und Württemberg sind solche unerfreulichen Kämpfe nie möglich gewesen, weil nach ihren ausdrücklichen Bestimmungen (Art. 22 Abs. 2 des bayr. Ges.; Art. 13 des württemb. Ges.); ein KK.-verfahren nicht mehr stattfinden kann, wenn das Reichsgericht die Unzulässigkeit des Rechtswegs ausgesprochen hat, in Württemberg sogar schon dann, wenn die Revision an das Reichsgericht statthaft ist — eine Durchbrechung des Grundsatzes der Endgültigkeit der Entscheidungen.

IV. Wirkungen des KK.s auf den anhängigen Zivilprozeß

Durch die Erhebung des KK.s wird das Prozeßverfahren unterbrochen (§ 7 Pr. VO.). Die Unterbrechung tritt heute ohne weiteres lediglich infolge der schriftlichen Erklärung der Verwaltungsbehörde ein, ohne daß es noch einer Handlung des Gerichts bedarf. Das preußische Gesetz von 1847 verlangte die einstweilige Einstellung des Verfahrens durch einen unanfechtbaren Bescheid des Gerichts (§ 5). Art. 6 Abs. 1 des bayrischen Gesetzes von 1850 verpflichtete das Gericht, beim Eintreffen der Konfliktserklärung mit dem Verfahren in der Hauptsache innezuhalten. Abgesehen von dem Erlaß vorsorglicher Verfügungen haftete jedem weiteren Gerichtsverfahren Nichtigkeit an. Heute kennt nur noch das sächsische Gesetz vom 3. März 1879 betr. die Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden eine Einstellung durch Bescheid des Gerichts. Nach § 5 Abs. 1 hat das Gericht nach der Konfliktserhebung noch „über die Zulässigkeit des Rechtswegs Beschluß zu fassen, und, wenn es dessen Zulässigkeit anerkennt, die Einstellung des Verfahren bis zur Erledigung der Kompetenzstreitigkeit (sc. durch Beschluß) auszusprechen". Abs. 3: „Entscheidet das Gericht, daß der Rechtsweg unzulässig sei, so ist dies mittels Urteils auszusprechen."

Zu welchen unhaltbaren Folgerungen diese Sonderregelung führen kann, zeigt eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. 10. 1936 (J. W. 1937 S. 225), die ein Urteil des sächsischen Oberlandesgerichts, das den Rechtsweg für unzulässig erklärt hatte, trotz erhobenen KK.s aufgehoben und die Zulässigkeit des Rechtswegs bejaht hat. Wie die Revisionsbeantwortung mit Recht gerügt hat, ist das

Ergebnis merkwürdig, daß in Fällen, in denen das OLG. den Rechtsweg für unzulässig (d. h. durch Urteil nach § 5 Abs. 3 des sächs. Ges. von 1879) erklärt, trotz des erhobenen KK.s eine die Zulässigkeit des Rechtswegs bejahende Entscheidung des Reichsgerichts ergehen kann, während dann, wenn das Instanzgericht den Rechtsweg für zulässig (d. h. durch Beschluß nach § 5 Abs. 1 des sächs. Ges.) erachtet, nicht das Reichsgericht, sondern der Landeskompetenzgerichtshof zu entscheiden hat.

Das Reichsgericht begründet seine Ansicht mit der Besonderheit der sächsischen gesetzlichen Bestimmungen, die dazu führen müsse, daß das oberste Gericht des Reiches über die Zulässigkeit des Rechtswegs in solchen Fällen endgültig befinde.

Die Entscheidung ist deshalb bedenklich, weil sie den erhobenen KK. unbeachtet läßt und die Inanspruchnahme der Sache durch die Verwaltung damit verhindert.

Nach den landesgesetzlichen Vorschriften der übrigen Länder ist das Gericht nicht ermächtigt, über die Zulässigkeit des Rechtswegs noch zu entscheiden. Lediglich auf die Feststellung ist der Richter beschränkt, ob die Erklärung einer Verwaltungsbehörde eingegangen ist.

Die Unterbrechung des Prozesses bewirkt nach § 249 Abs. 1 und 2 ZPO., auf den die Pr. VO. hinweist, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört, und nach Beendigung der Unterbrechung die volle Frist von neuem zu laufen beginnt. Die während der Unterbrechung von einer Partei vorgenommenen Prozeßverhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung. Rücknahme der Klage oder eines Rechtsmittels können den Fortgang des Verfahrens vor dem KGH. nicht beeinflussen[72]). Nach der Unterbrechung findet kein Termin mehr statt. Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird — entgegen § 249 Abs. 3 ZPO. — auch die Verkündung einer Entscheidung gehindert (§ 7 Abs. 1 S. 2 Pr. VO.). Ist zur Zeit der Erhebung des KK.s bereits ein Urteil in dem Rechtsstreit erlassen und vorläufig vollstreckbar, so muß das Gericht durch unanfechtbaren Beschluß die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung von amtswegen anordnen (§ 19 Pr. VO.; Art. 12 Bayr. Ges.). Die Unterbrechung dauert an, bis das Verfahren vor dem KGH. beendet ist.

In engem Zusammenhang hiermit steht die Frage, ob durch die Erhebung des KK.s die Vollstreckung schon vorher erlassener einstweiliger Verfügungen gehemmt und der Erlaß neuer einstweiliger Verfügungen gehindert wird. Die preußische VO. schweigt. In Württemberg und Bayern ist der Erlaß einstweiliger Verfügungen nach

---

[72]) E. KGH. 15. 4. 1882, Nr. 2085; vom 8. 12. 1883, Nr. 2151. Stölzel, Rechtsweg ... S. 367.

Unterbrechung des Verfahrens ausdrücklich gestattet[73]). Die Artikel der beiden Länder stehen im Widerspruch zu der sonstigen völligen Unterbrechung des Prozesses, insbesondere zu der Bestimmung, daß bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen ist. Hiernach müßte die Vollstreckung schon vorher erlassener einstweiliger Verfügungen unzulässig und ihr Widerruf oder ihre Aufhebung zulässig sein. Wenn aber die früher erlassenen nicht vollstreckt werden können, hat wiederum der Erlaß neuer solcher Maßnahmen keinen Sinn. Da das Reichsrecht sich hierzu nicht bindend geäußert hat — nicht einmal die Unterbrechung ist von ihm vorgeschrieben —, dürften die Länderbestimmungen gültig, mithin der Erlaß und die Vollstreckung einstweiliger Verfügungen in Württemberg und Bayern zulässig, in Preußen dagegen mangels einer entsprechenden Bestimmung und wegen §§ 19, 7 der VO. unzulässig sein. Hält man den Erlaß solcher einstweiligen Maßnahmen für zulässig, so findet der Schuldner im Falle seines Obsiegens hinreichenden Schutz durch die Bestimmung des § 945 ZPO., wonach der Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn sich die Anordnung einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist.

Die Frage, ob, wenn in einer Klage mehrere von einander unabhängige Ansprüche geltend gemacht sind, die Unterbrechung des Prozesses nur hinsichtlich eines Anspruches eintreten kann, bezüglich dessen der KK. erhoben wird, ist im Hinblick auf § 145 ZPO. zu bejahen. Wenn das Gericht anordnen kann, daß mehrere Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden, muß auch ein KK.s-verfahren wegen nur eines solchen Anspruches möglich sein[74]).

Die bayrischen[75]) und württembergischen[76]) Vorschriften entsprechen der preußischen Regelung. Art. 10 des württembergischen Gesetzes spricht anstatt von Unterbrechung von einer Einstellung des Verfahrens, ohne daß er jedoch eine Entscheidung des Gerichts verlangte.

V. Die Gerichtshöfe (KGH.) zur Entscheidung von Zuständigkeitsstreitigkeiten

(Kompetenzkonfliktsgerichtshöfe)

1. Ihre staatsrechtliche Stellung

Die reichsrechtliche Grundlage für die Zulässigkeit der Einrichtung von KGH.en ist § 17 Abs. 2 GVG.:

[73]) Württemberg: Art. 10 Satz 2; Bayern Art. 13.
[74]) vgl. Oppenhoff, S. 485 Note 140.
[75]) Art. 11—16.
[76]) Art. 10—11.

„Die Landesgesetzgebung kann jedoch die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtswegs besonderen Behörden nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen übertragen."

Damit ist der Landesverwaltung das Recht zuerkannt, durch Einspruch ihrer Verwaltungsbehörden Rechtsstreitigkeiten, die nach ihrer Ansicht von Verwaltungsorganen entschieden werden müssen, von den Gerichten weg vor besondere Behörden zu ziehen zur Entscheidung der Frage, welche Behörde – die Gerichte oder die Verwaltungsorgane — für die Erledigung des Rechtsstreits zuständig sei. Der Reichsgesetzgeber hat sich auf den Erlaß von Normativbestimmungen über die KGH.e beschränkt.

Von diesem Rechte haben denn auch die meisten deutschen Länder Gebrauch gemacht[77]). Es soll jedoch in dieser Arbeit die Einrichtung der KGH.e nur an Hand der Entwicklung in Preußen, Württemberg und Bayern dargestellt werden. Preußen hatte sich bei der zweiten Beratung im Plenum gegen die Aufnahme des damaligen § 5 a ausgesprochen[78]), weil es befürchtete, daß es bei dem Erlaß eines neuen Gesetzes über KGH.e nach den Bestimmungen des heutigen § 17 GVG. bei den Gesetzgebungsfaktoren auf Schwierigkeiten stoßen würde. Es erwirkte deshalb später die Einfügung des § 17 EG. GVG., wonach diejenigen Länder, in denen die in § 17 GVG. bezeichneten Behörden schon bestanden, und nach Maßgabe des § 17 GVG. einer Veränderung ihrer Einrichtung und des Verfahrens bedurften, diese Veränderung durch landesherrliche Verordnung einführen durften. Als das Abgeordnetenhaus dem neuen Gesetz gegenüber tatsächlich Schwierigkeiten machte, änderte Preußen durch VO. vom 1. August 1879, betr. die KK.e zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden, sein Gesetz vom 8. April 1847 nach den Vorschriften des § 17 Abs. 2 GVG. um. Württemberg schuf einen KGH. durch das Gesetz vom 25. August 1879, betr. die Entscheidung von KK.en. Das bayrische Gesetz, betr. die Entscheidung der KK.e zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden oder dem Verwaltungsgerichtshofe, vom 18. August 1879 paßte die schon bestehende Behörde unter Aufhebung des Gesetzes von 1850 den reichsrechtlichen Normen an.

Aus den Vorschriften des Reichsrechts (§ 17 GVG.) ist zu entnehmen, daß der KGH. eine Landesbehörde ist. Denn nur Landesbehörden können durch die Landesgesetzgebung ins Leben gerufen werden. Er kann infolgedessen auch nur zur Entscheidung von KK.en innerhalb eines Landes zuständig sein. Nicht schlichten kann er also Streitigkeiten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden ver-

---

[77]) vgl. Meyer-Anschütz, S. 776.
[78]) Hahn, S. 1174.

schiedener Länder, nicht solche zwischen einer Landesbehörde und einer Reichsbehörde oder zwischen Reichsgerichten und Reichsverwaltungsgerichten oder Reichsverwaltungsbehörden. Die hier bestehende Lücke wird durch § 17 Abs. 1 GVG. ausgefüllt: „Die ordentlichen Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs." Bei Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Reichsbehörden untereinander oder zwischen Behörden verschiedener Länder bleibt es bei der Regel des § 17 GVG.

Durch § 1 des 3. Gesetzes zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 24. Januar 1935 sind die Justizbehörden der Länder mit Wirkung vom 1. 4. 1935 Reichsbehörden geworden. Damit wäre an sich die Möglichkeit eines KK.s für die Zukunft ausgeschlossen worden. Um dies zu verhindern, erging die VO. vom 27. März 1935, wonach gemäß § 1 die Zuständigkeit der nach § 17 Abs. 2 GVG. errichteten Behörden der Länder zur Entscheidung von KK.en dadurch nicht berührt wird, daß die Gerichte der Länder Reichsbehörden geworden sind.

Der preußische KGH. ist im Jahre 1921 auf den preußischen Justizhaushalt übernommen worden und mit den Rechtspflegeüberleitungsgesetzen auf das Reich übergegangen. Die Mitglieder erhalten augenblicklich ihre Bezüge aus der Reichsjustizkasse. Der Reichsfinanzminister und der Reichsjustizminister sind jedoch übereingekommen, daß er vom 1. April 1938 ab auf den Haushalt des preußischen Staatsministeriums zu setzen ist.

Im übrigen hat sich an dem Aufgabenkreis der KGH.e und dem bisherigen Zustand in den Ländern nichts geändert. Auch heute können sie nur Zuständigkeitsstreitfragen innerhalb eines früheren Landes, einer heutigen Verwaltungseinheit, entscheiden, nicht dagegen KK.e mit Reichsbehörden. Jedoch ist eine baldige gesetzliche Regelung wegen ihrer unglücklichen Stellung als Reichsbehörden mit gebietsbeschränkten Aufgaben und der Doppelstellung der Beteiligten als fiktive Landesorgane sehr erwünscht.

2. Der Konflikt mit dem Reichsgericht

Große Schwierigkeiten bereitete die Frage des Verhältnisses des preußischen KGH.es zum Reichsgericht. Die preußische Behörde nahm das Recht für sich in Anspruch, nicht nur gegenüber den Landesgerichten sondern auch gegenüber dem Reichsgericht mit bindender Wirkung die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs feststellen zu können. Während das Reichsgericht sich zunächst im Falle des positiven KK.s, wenn nach erfolgter Einlegung der Revision, aber bevor es entschieden hatte, der KK. erhoben wurde, an die Entscheidung des KGH.s gebunden fühlte, hat es später diese Ansicht aufgegeben. Aus-

gehend von Fällen des negativen KK.s erklärte das Reichsgericht durch Plenarbeschluß vom 22. Mai 1901 die Erhebung des KK.s dann nicht mehr für zulässig, wenn der Rechtsstreit bereits durch Einlegung der Revision beim Reichsgericht anhängig geworden sei[79]). Es stellte die Entscheidung der Streitfrage darauf ab, ob unter „den Gerichten" in § 17 Abs. 2 GVG. auch das Reichsgericht gemeint sei, und verneinte dies mit der Begründung, daß die Landesgesetzgebung aus ihrer Natur heraus bindende Normen nur für die Landesgerichte und Landesverwaltungsorgane, nicht dagegen für eine Reichsbehörde erlassen könne. Das Reichsgericht leite seine Gerichtsbarkeit nicht von der Souveränität der einzelnen Bundesstaaten sondern vom Reiche selbst her. Ein solches Unterordnungsverhältnis sei mit der sonstigen staatsrechtlichen Stellung des Reichsgerichts unvereinbar[80]). Es spreche Recht im Namen des Reiches. Weiter führt es für seine Auffassung an, daß in dem vom Bundesrat dem Reichstag vorgelegten Entwurf eine dem § 17 GVG. entsprechende Bestimmung gefehlt habe. Die vereinigten bundesstaatlichen Regierungen seien sonach der Ansicht gewesen, daß die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften über den KK. und die zu seiner Entscheidung berufenen Behörden durch die Bestimmungen des GVG.s unberührt bleiben sollten, wonach ohne Zweifel die einzelnen bundesstaatlichen KGH.e nur über KK.e zwischen den Behörden ihres Landes zu entscheiden hätten.

Das Reichsgericht führte weiter noch für seinen Standpunkt die wegen ihrer Äußerlichkeit etwas gesucht anmutende Tatsache an, daß für den KGH. als Spruchbehörde eine Mindestzahl von nur 5 Mitgliedern vorgeschrieben sei, während seine Senate in der Besetzung von 7 Mitgliedern entschieden.

Die Ansichten über die damals viel erörterte Rechtslage gingen weit auseinander. Ein Teil der Literatur[81]) bekämpfte die Auffassung des Reichsgerichts hauptsächlich mit dem formalen Wortlaut. Wenn im § 17 Abs. 1 GVG. unter „Gerichte" alle Gerichte einschließlich des höchsten Gerichts zu verstehen seien, sei nicht einzusehen, warum im Abs. 2 unter dem gleichen Worte nur die Landesgerichte ausschließlich des Reichsgerichts gemeint sein sollten. Stölzel[82]) insbesondere suchte seinen, dem Reichsgericht entgegengesetzten Standpunkt mit dem Hinweis zu verteidigen, daß die Landesgesetzgebung die Zulässigkeit des Rechtsweges doch auch mit Wirkung für das Reichsgericht regele, und daß das Reichsgericht doch nur die höchste Instanz der Landesgerichte sei.

---

[79]) RGZ. Bd. 48 S. 195.
[80]) Gl. Ans.: Wach, S. 102.
[81]) vgl. die in der Entscheidg. S. 197 zit. Literatur; ferner Meyer-Anschütz, S. 777.
[82]) „Rechtsweg und ..." S. 356 357.

Ein anderer Teil der Literatur hatte sich im Endergebnis im Sinne der Plenarentscheidung ausgesprochen [83]).

Was die landesrechtlichen Bestimmungen betrifft, so hat das Schweigen der preußischen VO. von 1879 in diesem Punkte die Streitfrage erst entstehen lassen. Das württembergische Gesetz vom 25. 8. 1879 hat einen jeden Zweifel durch die klare Bestimmung des Art. 5 ausgeschlossen:

„Sofern, ohne daß zuvor auf die Entscheidung des KGH.s angetragen war, das bürgerliche Gericht durch ein ... nur noch mittels der Revision anfechtbares Urteil für die Zulässigkeit des Rechtswegs entschieden hat, kann der KK. nicht erhoben werden, und bleibt vorbehaltlich der Entscheidung des Reichsgerichts ..., die Entscheidung des Gerichts maßgebend."

Noch deutlicher kommt die richtige Anschauung des württembergischen Gesetzgebers in den Motiven zu Art. 10 des Regierungsentwurfs für das KK.s-gesetz zum Ausdruck:

„daß die gesetzgebenden Faktoren bei dem Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetzgebung in § 17 GVG. den Fall der Erhebung eines KK.s gegen das Reichsgericht nicht im Auge gehabt haben, wenn diese Ansicht auch keinen besonderen Ausdruck gefunden hat. Es würde dies mit der Stellung des Reichsgerichts und der Stellung des KGH.s prinzipiell kaum vereinbar sein."

Das bayrische Gesetz vom 18. 8. 1879 hat nur für den Fall des negativen KK.s, wenn das Reichsgericht die Unzulässigkeit des Rechtswegs ausgesprochen hat, eine Bindung seiner Verwaltungsbehörden und -gerichte an die reichsgerichtliche Entscheidung ausgesprochen in Art. 22 Abs. 2.

Bremen hat von der besonderen Möglichkeit des § 17 EG. GVG. Gebrauch gemacht, wonach damals auf Antrag eines Bundesstaats und mit Zustimmung des Bundesrats durch kaiserliche VO. die Verhandlung und Entscheidung der im § 17 GVG. bezeichneten Streitigkeiten dem Reichsgericht zugewiesen werden konnte. Die auf Grund dieser Bestimmungen ergangene kaiserliche VO. vom 26. 9. 1879 [84]) hat auch die auf reichsrechtlicher Grundlage beruhende, von den Landesbehörden unabhängige Stellung des Reichsgerichts anerkannt, indem sie ihm nur die Beurteilung von Kompetenzstreitigkeiten übertragen hat, die „zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden der freien Hansestadt Bremen" entstehen, sodaß also Streitigkeiten zwischen den Behörden Bremens und dem Reichsgericht nicht in Betracht kamen.

In Preußen ergaben sich als Folge dieser gerichtlichen Machtkämpfe besonders beim negativen KK. für die Praxis unerträgliche Folgen. Da die Entscheidungen des Reichsgerichts und des KGH.s

[83]) vgl. die S. 206 zit. Literatur; ferner Kern, Die Überleitung der Justiz auf das Reich, S. 10.

[84]) RGBl. I S. 298.

unanfechtbar waren, waren den rechtsuchenden Parteien die Möglichkeit einer Austragung ihres Streites genommen. Sie waren rechtlos gestellt. Diese Tatsache veranlaßte Preußen, im Wege der Gesetzgebung schlichtend einzugreifen. Indem es sich der vom Reichsgericht und einem Teil der Literatur vertretenen — m. E. richtigen — Ansicht anschloß, bestimmte es in dem Gesetz vom 22. 5. 1902, betr. Änderung der Vorschriften über die KK.e zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden, hinsichtlich des positiven KK.s in Art. 1:

„Das Gleiche gilt (nämlich: der KK. kann nicht erhoben werden), wenn ein mit der Revision anfechtbares Urteil des Gerichts ergangen ist."

Danach war es für den Ausschluß eines KK.s nicht nötig, daß die Sache bereits beim Reichsgericht schwebte; es genügte ein Urteil, daß möglicherweise — im Falle der Revisionseinlegung — vor das Reichsgericht kommen konnte. Sobald also ein OLG. die Zulässigkeit des Rechtswegs — gleichgültig ob zu Recht oder zu Unrecht — durch Urteil bejaht hatte, konnte der KK. nicht mehr erhoben werden. Hierbei war zu beachten, daß das Recht der Verwaltung zur Erhebung des KK.s wieder auflebte, sobald das oberlandesgerichtliche Urteil durch Entscheidung des Reichsgerichts aufgehoben und zur anderweitigen Verhandlung zurückverwiesen wurde. Da dann ein mit der Revision anfechtbares Urteil nicht mehr vorlag, war für die Erhebung des KK.s wieder Raum [85]).

Da das preußische Gesetz von 1902 die Rechtslage zu Gunsten des Reichsgerichts geklärt hat, und im übrigen die größeren deutschen Länder, wie dargelegt, schon immer der Ansicht waren, daß eine Entscheidung des Reichsgerichts durch eine Landesbehörde nicht aufgehoben oder abgeändert werden kann, und daß durch Erhebung des KK.s gegenüber einem mittels der Revision anfechtbaren Urteil dem zivilrechtlichen Verfahren vor dem Reichsgericht nicht Halt geboten werden kann, ist die Streitfrage heute im Sinne der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht entschieden.

3. Ihre Zusammensetzung

Nach § 1 des preußischen Gesetzes vom 8. 4. 1847 setzte sich der Gerichtshof zur Entscheidung der KK.e aus dem Präsidenten des Staatsrats, aus dem Staatssekretär und neun andern Mitgliedern des Staatsrats, von denen 5 Justizbeamte, die übrigen 4 Verwaltungsbeamte sein mußten, zusammen. Die Verwaltungsbeamten waren in der Mehrzahl, 6 gegenüber 5 Justizbeamten. Die Mitglieder wurden vom König auf Vorschlag des Präsidenten des Staatsrats ernannt. Nach § 15 des Gesetzes entschied der Gerichtshof mit einer Besetzung von mindestens 7 Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden.

[85]) vgl. Anm. Oppenhoff, S. 470 Note 38.

In Bayern war der gerichtliche Charakter der betreffenden Behörde schon nach dem Gesetz vom 29. Mai 1850 stärker betont. Nach Art. 1 des Ges. wurde beim obersten Gerichtshof ein besonderer Senat zur Entscheidung der KK.e gebildet, der sich aus dem Vorstande — als Präsidenten — und drei Räten des obersten Gerichtshofs und drei höheren Verwaltungsbeamten zusammensetzte.

Das Reichsrecht stellte in § 17 Abs. 2 Zif. 2 GVG. folgende neue Normen für seine Einrichtung auf:

„Mindestens die Hälfte der Mitglieder muß dem Reichsgericht oder dem obersten Landesgericht oder einem Oberlandesgericht angehören. Bei Entscheidungen dürfen Mitglieder nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken. Diese Anzahl muß eine ungerade sein und mindestens 5 betragen."

Diesen Bestimmungen entsprechend wurden die KGHöfe in den einzelnen deutschen Ländern eingerichtet.

Preußen § 2 Abs. 1 der VO.:

„Der Gerichtshof besteht aus 11 Mitgliedern, von denen 6 dem Oberlandesgericht in Berlin (heute Kammergericht) angehören müssen. Die andern 5 Mitglieder müssen für den höheren Verwaltungsdienst oder zum Richteramt befähigt sein."

Bayern, Art. 2 des Gesetzes:

„Der Gerichtshof besteht aus 1 Präsidenten und 10 Räten. Der Präsident und 5 Mitglieder werden aus den Mitgliedern des obersten Landesgerichts oder eines Oberlandesgerichts, die übrigen 5 Räte aus den Mitgliedern des Verwaltungsgerichtshofs berufen."

Württemberg, Art. 2 des Gesetzes:

„Der KGH. besteht aus dem Vorsitzenden und 6 Mitgliedern ... Vier Mitglieder werden aus der Zahl der Mitglieder des Oberlandesgerichts, die übrigen Mitglieder ... aus der Zahl der nicht zugleich dem Oberlandesgericht angehörigen Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofs oder aus der Zahl derjenigen, welche im höheren Verwaltungsdienst stehen oder gestanden sind, berufen."

Gegenüber der bisherigen preußischen Regelung war eine ganz wesentliche Neuerung die Bestimmung, daß der KGH. mindestens zur Hälfte aus Richtern der hohen und höchsten ordentlichen Gerichte bestehen müsse. Während bisher die Regierung entweder in Gestalt des Königs selbst oder wie seit Mitte des 19. Jahrhunderts in Preußen durch eine im wesentlichen aus Verwaltungsbeamten zusammengesetzte Behörde sich das Recht vorbehalten hatte, aufkommende Ressortstreitigkeiten zu entscheiden, war sie hier zum ersten Male zurückgedrängt. Durch ihre Überzahl waren nunmehr in erster Linie mit besonderen Garantien ausgestattete Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Entscheidung berufen. Wenn die Reichsnorm auch nicht zwingend ein richterliches Übergewicht vorschrieb („mindestens die Hälfte der Mitglieder"), so war damit doch der richterliche Cha-

rakter gegenüber der Verwaltung, für die eine garantierte Mitgliederzahl nicht aufgestellt war, stärker hervorgehoben, und in den Durchführungsbestimmungen der Länder ist auch die Mehrzahl der Richter immer die Regel gewesen.

Damit war verhindert, daß Zuständigkeitsstreitigkeiten zu Gunsten der Verwaltung, zumindest unter stärkerer Betonung der Interessen der Verwaltung oder Regierung entschieden wurden. Wie Bühler [86]) in sorgfältiger Untersuchung der 64 Fälle, in denen der württembergische Geheime Rat auf Grund des § 59 Abs. 3 der württembergischen Verfassungsurkunde vom 25. 9. 1819 in den Jahren von 1819—1876 in Tätigkeit getreten war, festgestellt hat, hat der Geheime Rat im Zweifel stets zu Gunsten des Verwaltungswegs und zu Ungunsten der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte entschieden. Diese Erkenntnis überrascht nicht; sondern es ist ganz natürlich, daß dort, wo die Regierung oder die Verwaltung selbst KK.e entscheidet, sie immer geneigt sein wird, auf ihre Interessen stärkeres Gewicht zu legen. Denn es liegt in der Eigenart der Verwaltung, daß ihre Entscheidungen nicht so sehr vom Wortlaut des Gesetzes als vielmehr von Zweckmäßigkeits- und Ermessenserwägungen bestimmt werden.

In dem Augenblick, in dem Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit in der Mehrzahl zur Entscheidung berufen wurden, änderte sich dieser Zustand. Der Richter fällt seine Urteile ohne Ansehen der Partei streng nach den Bestimmungen der Gesetze, ohne die Interessen der einen Partei gegenüber denen der andern aus irgendwelchen, nicht rechtlichen Gründen stärker zu berücksichtigen. Kraft des Vorrechts seiner sachlichen Unabhängigkeit und deren Garantien ist der Richter eher als der diese Vorrechte nicht genießende Verwaltungsbeamte in der Lage, Entscheidungen nur nach den feststehenden Rechtsnormen zu treffen, auch wenn sie höheren Orts vielleicht einmal nicht sehr gern gesehen werden.

Hinsichtlich der Anzahl der erkennenden Mitglieder des KGH.s schreibt § 17 Abs. 2 Zif. 2 GVG. vor, daß Mitglieder nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken dürfen, daß die Anzahl ungerade sein und mindestens 5 betragen muß. Die preußische VO. erklärt sich nicht weiter. Nur darin ist eine Betonung der richterlichen Elemente zu sehen, daß die nicht richterlichen Mitglieder nicht notwendig stets Verwaltungsbeamte sein müssen, sondern daß die Befähigung zum Richteramt die Voraussetzungen für die Ernennung erfüllt. Wenn also auch nicht klar eine Mehrheit der Richter bei der Entscheidung gefordert wird, so ist doch aus dem Zusammenhang mit Satz 1 die Bestimmung in diesem Sinne auszulegen. Denn wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder einem ordentlichen Gericht angehören müssen,

---

[86]) aaO. S. 39.

und die die Entscheidung fällende Anzahl eine ungerade sein muß, sowie Mitglieder nur in dieser gesetzlich bestimmten ungeraden Anzahl mitwirken dürfen, so ist daraus zu ersehen, daß der richterliche Einfluß überwiegen soll. Auch aus der Entstehungsgeschichte des GVG.s ist auf einen solchen Willen seiner Verfasser zu schließen [87]).

In Württemberg ist die Mehrzahl der Richter eindeutig vorgeschrieben: „Der KGH. entscheidet in der Besetzung von 7 Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden, von denen 4 höhere Richter und drei Verwaltungsbeamte sein müssen." (Art. 3, Art. 2 Abs. 2.)

Auch in Bayern ist die betreffende Bestimmung klar gefaßt: „Der KGH. entscheidet in der Besetzung von 7 Mitgliedern, von welchen 4 dem obersten Landesgericht oder einem Oberlandesgericht und drei dem Verwaltungsgerichtshofe angehören" (Art. 3).

Für die Ernennung der Mitglieder, die dem Reichsgericht oder einem Oberlandesgericht angehören, bestimmt heute § 2 der VO. vom 27. März 1935, daß die bisherigen im Amt verbleiben und die zukünftigen durch den Reichsjustizminister bestellt werden.

4. Die Stellung der Mitglieder

a) der im Hauptamt berufenen

Für die Stellung der Mitglieder schreibt das Reichsrecht vor § 17 Abs. 2 Zif. 1 GVG.:

> „Die Mitglieder werden für die Dauer des zur Zeit ihrer Ernennung von ihnen bekleideten Amtes, oder falls sie zu dieser Zeit ein Amt nicht bekleiden, auf Lebenszeit ernannt. Eine Enthebung vom Amte kann nur unter denselben Voraussetzungen wie bei den Mitgliedern des Reichsgerichts stattfinden."

Für die weitere Betrachtung muß unterschieden werden, ob die Mitglieder hauptamtlich oder nur im Nebenamt zum KGH. einberufen worden sind.

Bekleiden sie zur Zeit ihrer Ernennung kein anderes Amt, gehören sie also hauptamtlich dem KGH. an, so erfolgt ihre Berufung auf Lebenszeit. Dieser Fall ist äußerst selten [88]). Den Mitgliedern ist damit das übliche, richterliche Vorrecht der lebenslänglichen Ernennung verliehen.

Wie weit heute der Hinweis auf die Mitglieder des Reichsgerichts ihnen noch eine Sonderstellung gewährt, ist fraglich. Früher besaßen sie eine größere als die gewöhnliche richterliche Unabhängigkeit. Die §§ 126—129 GVG. regelten die beamtenrechtlichen Verhältnisse der

---

[87]) Hahn, aaO. S. 682.

[88]) Der Verfasser konnte in Preußen keinen solchen Fall in Erfahrung bringen.

Reichsgerichtsmitglieder abschließend. Es gab gegen sie kein Disziplinarverfahren [89]).

Diese Vorzugsstellung ist durch die Gesetzgebung des 3. Reiches auf dem Gebiet des Beamtenrechts (Gesetze v. 7. 4. 1933; 23. 6. 1933; 22. 9. 1933) beseitigt worden. Heute findet das deutsche Beamtengesetz vom 26. 1. 1937 sowie die Reichsdienststrafordnung vom gleichen Tage auf sie Anwendung [90]). Nur im förmlichen Dienststrafverfahren sind den Reichsgerichtsmitgliedern gewisse Vorrechte erhalten worden (§ 110 RDStrO.) insofern, als für sie ein besonderer Dienststrafsenat beim Reichsgericht gebildet wird, der unter dem Vorsitz des Reichsgerichtspräsidenten aus ganz bestimmten Mitgliedern zusammengesetzt sein muß [91]).

Wieweit im übrigen noch richterliche Vorrechte gelten, wird im nächsten Abschnitt behandelt.

Die Länder haben der reichsrechtlichen Vorschrift entsprechende Bestimmungen, meist sogar gleichen Wortlauts oder unter Anführung der in Betracht kommenden §§ des GVG.s, in ihre Gesetze und Verordnungen aufgenommen (vgl. § 2 Abs. 2 S. 2 Pr. VO.; Art. 2 Abs. 4 S. 2 Bayr. Ges.; Art. 2 Abs. 5 Württemberg. Ges.). Diese Normen gelten nur noch, soweit sie nicht gegen die Beamtengesetze des 3. Reiches verstoßen.

b) Die Mitglieder im Nebenamt

Die Ernennung zum Mitglied des KGH.s für die Dauer eines schon von dem Betreffenden bekleideten Amtes bildet die Regel.

Die Stellung der Mitglieder ist verschieden, je nachdem, ob sie in ihrem Hauptamt richterliche oder Verwaltungsbeamte sind. Auszugehen ist für beide von den neuen beamtenrechtlichen Bestimmungen des DBG. und der RDStrO., die auf alle deutschen Beamten, auf die richterlichen nach Maßgabe des § 171 DBG. Anwendung finden [92]).

Für die richterlichen Beamten übernimmt das DBG. nur eine Vorschrift ihrer bisherigen Sonderstellung im § 171 Abs. 1 S. 3: „Die Versetzung eines richterlichen Beamten in den Ruhestand nach § 71 (wegen politischer Unzuverlässigkeit) kann nicht auf den sachlichen Inhalt einer in Ausübung der richterlichen Tätigkeit getroffenen Entscheidung gestützt werden." In dieser Bestimmung ist die Aufrechterhaltung der sogenannten richterlichen Unabhängigkeit zu sehen.

---

[89]) Löwe-Rosenberg, Anm. zu § 126 GVG.

[90]) Wittland, Anm. A 1 zu § 1.

[91]) § 110 RDStr.O.

[92]) vgl. Kern, „Die beamtenrechtliche Stellung des Richters nach dem DBG. und der RDStrO." in „Der Gerichtssaal", Zeitschrift für Zivil- u. Militärstrafrecht und Strafprozeßrecht, 1937, Band 110 Heft 1/2.

Diese Erkenntnis wird bestätigt durch die Durchführungs-VO. vom 29. Juni 1937 zu § 108 RDStrO., die von einer gesetzlich gewährleisteten Unabhängigkeit der Richter spricht.

Welche weiteren Bestimmungen der richterlichen Sonderstellung noch gelten sollen, ist aus dem Gegensatz der Vorschriften von § 171 Abs. 1 S. 1

„Für die richterlichen Beamten gelten ... die Vorschriften dieses Gesetzes, wenn durch gesetzliche Vorschrift nichts anderes bestimmt ist."

zu § 184 Abs. 2 DBG.

„Vorschriften, die diesem Gesetz entsprechen oder widersprechen, werden aufgehoben"

nicht leicht zu entnehmen. Brand[93]) führt nur § 8 GVG. (die Unabsetzbarkeit) als eine andere, noch geltende Vorschrift an. Ebenso der Kommentar von Nadler-Wittland-Ruppert Zif. 99 vor § 1 DBG. Aber auch § 6 GVG., wonach die Ernennung der Richter auf Lebenszeit erfolgt, wird heute noch Geltung haben, zumal das DBG. für Beamte, die für Daueraufgaben voll verwendet werden, die Begründung eines Beamtenverhältnisses mit dem Ziele einer lebenslänglichen Verbindung mit dem Staat als Norm aufstellt. Die vermögensrechtlichen Ansprüche der Richter, für die früher gemäß § 9 GVG. der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden durfte, müssen in Zukunft durch Klage vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden. Nur solange das Reichsverwaltungsgericht noch nicht errichtet ist, verbleibt es bei der bisherigen Regelung (§ 182 DGB.).

Einige Ausnahmevorschriften für Richter enthält das DBG. in § 6 Abs. 2 und in § 171. Einem richterlichen Beamten darf die Führung seiner Dienstgeschäfte nur dann verboten werden, wenn gegen ihn ein Untersuchungsverfahren wegen politischer Unzuverlässigkeit eingeleitet und nach den Umständen die Versetzung in den Ruhestand mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Eine Hinausschiebung der Altersgrenze über das 65. Lebensjahr ist unzulässig.

Im übrigen hat der Gesetzgeber durch die erschöpfende Aufzählung der Möglichkeiten eines Amtsverlustes infolge Nichterfüllung der Beamtenpflichten III. und II. Abschnitt des DBG.) und der Beendigung des Amtsverhältnisses (VII. Abschnitt des DBG.) zu erkennen gegeben, daß er Sonderregelungen nicht mehr gelten lassen will.

Nicht mit richterlichen Vorrechten sind die übrigen Mitglieder des KGH.s versehen, die nicht aus ordentlichen Richtern ausgewählt werden. Es sind dies meist Beamte des höheren Verwaltungsdienstes. Diese können, soweit sie politische Beamte sind, jederzeit ihres Hauptamtes enthoben und zur Verfügung gestellt werden. Die Mitgliedschaft beim KGH. kann dies ebensowenig verhindern, wie sie die un-

[93]) Kommentar zum DBG. § 171 Anm. 2.

freiwillige Pensionierung im Hauptamt nach den für dieses geltenden Vorschriften aufhalten kann. Da sie nur für die Dauer des Hauptamtes beim KGH. berufen sind, so zieht in allen diesen Fällen der Verlust des Hauptamtes den der Zugehörigkeit zum KGH. nach sich. Für diese Mitglieder besagt also der Hinweis auf die Unabsetzbarkeit der Reichsgerichtsmitglieder sehr wenig. Da sie — soweit sie politische Beamte sind — ihr Amt ohne besondere Begründung verlieren können, werden sie, wenn sie die Anforderungen beim KGH. nicht erfüllen, leicht auf dem Wege über das Hauptamt auch vom KGH. entfernt werden können.

Über die erörterten Fragen enthalten die preußischen und bayrischen Gesetzestexte nichts. Daß die oben entwickelte Ansicht zutrifft, bestätigt das württembergische Gesetz[94]), indem es den Fall, daß die Amtsenthebung eines Mitglieds die Folge der Enthebung aus einem zur Zeit seiner Ernennung bekleideten sonstigen Amts ist, ausdrücklich erwähnt.

5. Ihre rechtliche Natur

Um die eigentlich rechtliche Natur des KGH.s zu erkennen, bedarf es einer genauen Erfassung seiner Aufgaben. Sie sind sehr verschieden, je nachdem, ob man den positiven oder negativen KK. betrachtet. Beim bejahenden Zuständigkeitsstreit kommt den Entscheidungen eine gewisse politische Bedeutung zu. Durch die Erhebung des KK.s bringt die Verwaltung ihr Interesse zum Ausdruck, daß ein bestimmter Rechtsstreit vor den Verwaltungsbehörden entschieden werde. Es handelt sich um Prozesse zwischen zwei Parteien, die nicht allein diese beiden angehen, sondern bei denen die Belange der Verwaltung oder der Öffentlichkeit irgendwie berührt werden. Ihre Entscheidung in einer den Zielen und Zwecken der Verwaltung entsprechenden Weise wird eher durch die Verwaltungsbehörden und -gerichte als durch die in öffentlichen Angelegenheiten nicht so bewanderten ordentlichen Gerichte gewährleistet. Indem der KGH. feststellt, daß für die Entscheidung eines Rechtsstreits entweder die ordentlichen Gerichte oder die Verwaltungsorgane zuständig sind, grenzt er die beiden großen Gebiete in der Staatsverwaltung von einander ab und beschränkt eine jede auf den ihr zukommenden Aufgabenkreis.

Ganz andere Aufgaben sind beim verneinenden Zuständigkeitsstreit zu erfüllen. Hier hat die Verwaltung durch die Unzuständigkeitserklärung ihrer Behörde klar zu erkennen gegeben, daß sie an der Entscheidung des Rechtsstreits nicht interessiert ist. Wenn das ordent-

---

[94]) Art. 2 Abs. 5.

liche Gericht entweder vorher oder nachher gleichfalls seine Unzuständigkeit ausgesprochen hat, so will die Entscheidung dieses negativen KK.s den einzelnen Volksgenossen vor einer möglichen Rechtsverweigerung oder mangelndem Rechtsschutz hüten. Ihr Zweck ist hier die Gewährleistung eines ordnungsmäßigen Ablaufs der Verwaltung im weiteren Sinne. Daß damit auch die privaten Belange des Einzelnen geschützt werden, ist erst eine mittelbare Folge.

Entsprechend diesem verschiedenen Aufgabenkreis ist denn auch die Bedeutung des positiven KK.s viel größer als die des negativen.

Für die Natur des KGH.s als einer Gerichtsbehörde im staatsrechtlichen Sinne spricht zunächst rein äußerlich, daß er überwiegend mit richterlichen Personen besetzt ist, und seinen im Hauptamt tätigen Mitgliedern erhöhte Garantien der Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit gewährt sind.

Gegen seinen Charakter als Gerichtsbehörde ist die Tatsache anzuführen, daß er den Zuständigkeitsstreit staatlicher Behörden in erster Linie zu schlichten hat und nicht einen Rechtsstreit zwischen zwei Parteien entscheidet, wie es für jedes Gericht wesentlich ist. Er gibt keine Entscheidung zur Sache, sondern beurteilt nur die Frage, ob eine Sache im ordentlichen Rechtsweg oder im Verwaltungsrechtsweg zu erledigen ist. Daß diese Vorfrage mit der Sache in engem Zusammenhang steht, und ohne eine sachliche Erörterung nicht geklärt werden kann, steht dem formalen Charakter der Entscheidung nicht entgegen. Ist die Frage der Verfahrensart geklärt, so ist sachlich doch noch gar nichts entschieden. Als reine Gerichtsbehörde kann er demnach nicht angesehen werden.

Aber auch unter die Verwaltungsbehörden läßt er sich nicht eingliedern. Er hat äußerlich zwar insofern einen verwaltungsmäßigen Einschlag, als er zum Teil aus höheren Verwaltungsbeamten zusammengesetzt ist. Jedoch ist seine Tätigkeit keine eigentlich verwaltende. Denn seine unabhängige Stellung und das gerichtsähnliche Verfahren widerspricht seinem verwaltungsbehördlichen Charakter.

Zu einer Aufsichtsbehörde fehlt ihm die übergeordnete Stellung und die allgemeine Anweisungsbefugnis. Er ist auch weder den Gerichten noch den Verwaltungsbehörden gegenüber eine höhere Instanz[95]); denn es gibt keine Berufung an ihn, noch hat er die Möglichkeit, allgemein Urteile aufzuheben. Lediglich die Entscheidung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte oder der Verwaltungsbehörden stellt er unanfechtbar fest. Darüber hinaus steht ihm ein Aufsichts- oder Anweisungsrecht nicht zu. Die Erhebung des KK.s seitens der Verwaltungsbehörde und auch der Antrag einer Partei auf Entscheidung eines negativen KK.s sind keine Rechtsmittel im prozeß-

---

[95]) Gl. Ans.: Oppenhoff S. 465 Note 11; And. Ans. O. Mayer, S. 182.

technischen Sinne. Die Entscheidung des KGH.s ist demnach auch kein Beschluß oder Urteil einer höheren Instanz. Für die Aufsichtsbehörde in der gerichtlichen Organisation ist gerade wesentlich, daß sie in der Rechtsprechung den untergeordneten Stellen keinerlei Vorschriften erteilen darf.

Am nächsten kommt der KGH. noch einem Verwaltungsgericht. Er urteilt zwar nicht über einen geltend gemachten Anspruch des öffentlichen Rechts zwischen zwei Parteien und kontrolliert nicht die Verwaltung auf ihre Gesetzmäßigkeit. Aber die Entscheidung, welche von zwei staatlichen Gewalten zuständig sein soll, gehört doch dem Gebiet der „Staatsführung" an, ein Begriff, den man heute wohl von der Verwaltung im eigentlichen Sinne unterscheiden muß. Das Verfahren vor ihm ist dem gerichtlichen weitgehend angepaßt[96]): Ladung der Parteien, Urteilsverkündung auf Grund mündlicher Verhandlung in öffentlicher Sitzung. Die Mitwirkung des Staates ist besonders bezeichnend. Ein vom Vorsitzenden ernannter Berichterstatter gibt eine Darstellung der bisher stattgefundenen Verhandlungen[97]) — nicht die Parteien tragen das Streitverhältnis vor. Sie werden nur abschließend gehört. In Bayern wirkt die Staatsanwaltschaft mit. In Preußen werden die Akten durch Vermittlung des Justizministers vor und nach dem Verfahren übersandt. Kurz, das Verfahren wird so überwiegend von dem Streit der beiden Behördengattungen getragen, der Aufgabenkreis des KGH.s ist ein so vornehmlich verwaltungsmäßiger, daß seine verwaltungsrechtliche Natur stark im Vordergrund steht.

Zusammenfassend läßt sich sagen:

Der KGH. ist besonderes Gericht der staatlichen Verwaltung mit politischem Einschlag, dessen Aufgabenkreis durch die Entscheidung von Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Gerichten und Verwaltungsorganen erschöpft wird, der also darüber zu wachen hat, daß Rechtsprechung und Verwaltung sich innerhalb der ihnen von der jeweiligen Rechtsordnung gezogenen Grenzen halten.

VI. Das Verfahren

1. beim bejahenden Zuständigkeitsstreit

a) Die zur Erhebung des KK.s befugte Behörde

Das Verfahren bei KK.en soll der Übersichtlichkeit halber an Hand der preußischen Regelung verfolgt, und nur auf die sich ergebenden

---

[96]) vgl. Oppenhoff: S. 465 Anm. 10: „Derselbe ist eine eigentlich richterliche Behörde, welche eine Art Gerichtsbarkeit ausübt ... Die im einzelnen Fall ergangene Entscheidung stellt einen wirklichen Richterspruch dar; ferner v. Sarwey S. 688.

[97]) § 14 Pr.VO.; Art. 18 Abs. 3 Bayr. Gesetz.

Abweichungen nach württembergischen und bayrischen Recht soll näher eingegangen werden.

In Preußen sind nur die Zentral- und Provinzialverwaltungsbehörden des eignen Landes zur Erhebung des KK.s befugt (§ 5 Abs. 1). Daß er von Reichsbehörden und zu ihren Gunsten nicht erhoben werden kann, ist schon festgestellt worden.

Zentralverwaltungsbehörden sind alle diejenigen, deren Wirkungskreis das ganze Staatsgebiet umfaßt[98]). Also vor allem: die Ministerien und einzelnen Ministerialabteilungen, wenn sie in ihrem Geschäftsbereich die höchste Verwaltungsinstanz sind. Da es heute bis auf wenige Ausnahmen[99]) keine eigentlichen Ministerien der Länder mehr gibt, müssen die an ihre Stelle getretenen Reichsbehörden zur Erhebung des KK.s ermächtigt angesehen werden. Das Bedenken, daß Reichsbehörden an sich den KK. nicht erheben können, wird durch § 1 der VO. vom 27. 3. 1935 weggeräumt, wonach die Zuständigkeit der KGHöfe dadurch nicht berührt wird, daß die Gerichte durch das 3. Rechtspflegeüberleitungsgesetz Reichsbehörden geworden sind. Wollte der Gesetzgeber durch diese Bestimmung die Möglichkeit der KK.e aufrecht erhalten, so muß es auch in seinem Sinne sein, daß die früheren Landeszentralbehörden heute als Reichsbehörden das Recht haben, den KK. zu erheben. Wenn es keine ermächtigte Behörde mehr gäbe, wozu bedurfte dann die Möglichkeit von künftigen KK.en der ausdrücklichen Feststellung?

Die Frage, ob der Justizminister gegen sein eigenes Gericht den KK. erheben kann, ist zu bejahen. Der Justizminister ist zwar die höchste richterliche Aufsichtsbehörde. Er kann aber in der Rechtsprechung die Gerichte nicht mit Anweisungen versehen. Hier sind die Gerichte vollkommen unabhängig. Der Minister ist auch kein Gericht, sodaß er etwa gemäß § 17 Abs. 1 GVG. über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden könnte. Sondern er ist Verwaltungsbehörde, die oberste Behörde der Justizverwaltung. Als solche muß er in der Lage sein, gegenüber einem bei Gericht anhängigen Verfahren den KK. zu erheben. Es ist auch nicht einzusehen, warum er schlechter als andere Verwaltungsbehörden oder Minister gestellt sein sollte, da er ebenso wie sie verwaltende Tätigkeit ausübt. Daß die Oberlandesgerichtspräsidenten den KK. erheben können, hat der KGH. mehrfach angenommen. So klagte ein Amtsgerichtsrat gegen den Justizfiskus auf Anerkennung, daß er nicht verpflichtet gewesen sei, seine 1877 verstorbene Ehefrau in die allgemeine Witwenverpflegungsanstalt einzukaufen. Auf den vom Appelationsgericht zu Halberstadt erhobenen KK. wurde der Rechtsweg für unzulässig erklärt. Ob ein

---

[98]) Oppenhoff, S. 477 Note 91.
[99]) z. B. das preußische Finanzministerium.

Beamter dienstlich verpflichtet sei, seine Ehefrau in die Witwenkasse einzukaufen, gehöre vor die Dienstbehörde, nicht vor die Gerichte[100]). Auf die nochmalige Klage des Amtsgerichtsrats erhob diesmal der Kammergerichtspräsident den KK., worauf der Rechtsweg für unzulässig erklärt wurde[101]). Die OLG.-Präsidenten haben unzweifelhaft die beamtenrechtliche Stellung eines Richters. Denn sie sind heute noch die höchsten Richter der Oberlandesgerichte und wirken in der Rechtsprechung mit. Insoweit sie Geschäfte der Reichsjustizverwaltung erledigen, sind sie dagegen Verwaltungsbeamte. Wenn sie in ihrer Doppelstellung in der verwaltenden Tätigkeit schon zur KK.-erhebung berechtigt sind, wieviel mehr muß dieses Recht dem reine Verwaltung ausübenden Justizminister zukommen?

Heute wird anstelle des früheren Landesjustizministers der Reichsjustizminister den KK. erheben können, und zwar nicht in seiner Eigenschaft als Reichsbehörde sondern als die Instanz, auf die gemäß § 1 des 2. Rechtspflegeüberleitungsgesetzes die Zuständigkeiten der obersten Landesjustizbehörden übergangen sind[102]). Es zeigt sich hier an der wegen der fiktiven landesrechtlichen Stellung des Ministers nicht ganz befriedigenden Lösung die Notwendigkeit einer umfassenden reichsgesetzlichen Regelung der KK.e.

Unter Provinzialverwaltungsbehörden sind diejenigen Stellen zu verstehen, deren Wirkungskreis im Gegensatz zu den unteren Verwaltungsbehörden eine Provinz oder einen anderen größeren Bezirk als den der unteren Verwaltungsbehörde umfaßt: z. B. die Oberpräsidenten, Regierungen, der Stadt- und der Polizeipräsident von Berlin, Generalkommandos und Intendanturen eines Armeekorps, Oberbergämter usw. Hat die Provinzialbehörde mehrere Abteilungen, so soll nach § 5 Abs. 3 Pr. VO. die Erhebung des KK.s dem Plenum zustehen. Nach dem Führerprinzip wird heute anstelle des Plenums der Präsident berufen sein.

Etwas zweifelhaft war die Stellung der kirchlichen Provinzialverwaltungsbehörden. Seit 1880 wurde die Frage nicht mehr entschieden, da der Kultusminister in diesen Fällen den KK. erhob. Heute wird man den kirchlichen Behörden diese Befugnis nicht zuerkennen dürfen, da sie nicht als preußische Zentral- oder Provinzialverwaltungsbehörden angesehen werden können[103]).

---

[100]) Entscheidg. v. 10. 4. 1874 Nr. 1743.

[101]) Entscheidg. v. 10. 2. 1883 Nr. 2119; Stölzel, Rechtsprechung ... § 5 S. 19.

[102]) Laforet, aaO. S. 70, gibt den Reichsministerien gegenüber den zuständigen Behörden ein Anweisungsrecht.

[103]) Ebenso Stölzel, Rechtsweg und ... S. 365; a. Mein. Droop, S. 479 N. 106; Oppenhoff S. 118 N. 23 e.

Zur Erhebung des KK.s durch diese höheren Behörden genügt es, wenn deren Geschäftskreis durch das gerichtliche Verfahren berührt wird. Nicht müssen sie selbst zur Entscheidung berufen sein. Die Zuständigkeit der unteren Instanzen zur Erledigung ist ausreichend. Denn sonst würde in allen Fällen, in denen nicht gerade die höhere Verwaltungsbehörde zuständig ist, die Erhebung des KK.s nicht möglich sein. Die unteren Verwaltungsbehörden können im einzelnen Falle an ihre Aufsichts- oder vorgesetzte Behörde berichten und die Erhebung des KK.s anregen. Das preußische Gesetz von 1847 schrieb ausdrücklich vor (§ 3 Satz 2): „Hält eine untere Verwaltungsbehörde in einer zu ihrer Kenntnis kommenden Rechtssache die Erhebung des KK.s für erforderlich, so hat sie hiervon sofort der vorgesetzten Dienstbehörde Anzeige zu machen." Diese Vorschrift ist in der VO. von 1879 fallen gelassen worden. Sie wird aber noch von den unteren Behörden zu beachten sein[104]). Wenn die Zentralbehörde entgegen der Ansicht der unteren Behörde den Rechtsweg für zulässig erachtet, ist die abweichende Ansicht der unteren Behörde nicht von Bedeutung, denn die höhere Behörde kann von ihr nicht zur Konfliktserhebung gezwungen werden. Die Erhebung durch eine Unterbehörde ist wirkungslos. Nur wenn sie im Auftrage und unter entsprechendem Hinweis darauf den KK. erhebt, wird er als von der zuständigen Behörde erhoben zu betrachten sein[105]).

In Württemberg sind die oberste Verwaltungsbehörde und der Verwaltungsgerichtshof zur Erhebung des KK.s ermächtigt (Art. 7 Abs. 1). Nach Art. 7 Abs. 2 sind die unteren Verwaltungsbehörden angewiesen, der obersten Verwaltungsstelle Anzeige zu erstatten, wenn sie innerhalb ihres Geschäftskreises von einem KK.sfalle Kenntnis erlangen.

Das bayrische Gesetz von 1879 hat seinen Kreisregierungen und Zentralverwaltungsstellen die Befugnis erteilt (Art. 9 Abs. 1). Auch hier müssen die unteren Verwaltungsbehörden im gegebenen Falle Anzeige an die vorgesetzte Behörde erstatten (Art. 9 Abs. 3).

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob die NSDAP. und die ihr angeschlossenen Gliederungen der Bewegung für zur Erhebung des KK.s berechtigte Verwaltungsbehörden zu halten sind. Nach dem Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat (§ 1) ist die NSDAP. zwar die Trägerin des deutschen Staatsgedankens und mit dem Staat unlöslich verbunden. Jedoch ist der Kreis der zur Erhebung des KK.s befugten Behörden so genau und eng abgegrenzt, „nur die Zentral- und Provinzialverwaltungsbehörden", daß ein Zweifel an der Verneinung der Frage kaum möglich ist. Außerdem bestimmt das

---

[104]) vgl. Oppenhoff, S. 482 N. 128.
[105]) Ebenso Seydel, S. 548.

Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat in § 1 Abs. 2, daß die Partei eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Aus diesen beiden Gründen dürfte die NSDAP. und die ihr angeschlossenen Gliederungen der Bewegung nicht als preußische Zentral- oder Provinzialbehörden im Sinne der VO. von 1879 anzusehen sein.

Eine andere Frage ist es, deren eingehende Erörterung den Rahmen dieser Arbeit übersteigen würde, ob nicht zu Gunsten der NSDAP. oder ihrer Gliederungen der KK. erhoben werden kann[106]). In dem Rechtsstreit, den ein Geschäftsmann gegen einen Kreisamtsleiter der NSV. wegen abfälliger Äußerungen angestrengt hatte, erhob der Oberpräsident den KK. mit der Begründung, daß amtliche Äußerungen der politischen Leiter als staatliche Hoheitsakte anzusehen seien, die einer Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte nicht unterlägen. Die NSDAP. sei eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und mit dem Staat untrennbar verbunden. Der KGH. erklärte den KK. für unzulässig, weil die NSDAP. und NSV. — ungeachtet der Einheit von Partei und Staat — keine preußischen Verwaltungsbehörden im Sinne des § 17 GVG. seien.

Dieser Entscheidung ist in der Deutschen Juristen-Zeitung (1936 S. 1292 ff.) widersprochen worden. Es wird dem KGH. justizstaatliches Denken vorgeworfen. Er übersehe, daß „der Grundsatz des § 17 Abs. 1 GVG. auf der überholten Tendenz beruhe, im Interesse des Rechtsschutzes für den Einzelnen stets eine Zuständigkeitsvermutung zu Gunsten der ordentlichen Gerichte anzunehmen". Heute spreche bei Streitigkeiten zwischen Volksgenossen und Amtsträgern die Vermutung grundsätzlich gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs. Andererseits werden jedoch die vom KGH. geäußerten Bedenken nicht übersehen. Wie der Verfasser der Besprechung, anscheinend K. Lohmann[107]), zutreffend als Ergebnis folgert, beweist das Urteil die Notwendigkeit einer baldigen Neuregelung dieser wichtigen Fragen.

b) Form der Erhebung des Zuständigkeitsstreits

Die Erhebung des KK.s erfolgt bei dem Gericht, bei welchem die Sache anhängig ist, durch die schriftliche Erklärung der Verwaltungsbehörde, daß der Rechtsweg für unzulässig erachtet werde (§ 6 Abs. 1 Pr. VO.). Eine bestimmte Form ist für die Erklärung nicht vorgeschrieben. Es muß sich aber aus ihr ergeben, daß der Rechtsweg für unzulässig erachtet und deshalb der KK. erhoben werde. Aber auch die Erklärung, daß die Verwaltungsbehörde die Zuständigkeit für

---

[106]) Laforet, aaO. S. 71 lehnt die Möglichkeit ab.
[107]) Weber, aaO. S. 363 Anm. 3.

sich in Anspruch nehme, wird genügen, weil aus ihr die Ansicht der Verwaltungsbehörde über die Unzulässigkeit des Rechtswegs hervorgeht[108]). Der Erklärung soll eine Begründung beigefügt werden. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Erhebung ist die Begründung jedoch nicht („soll"). Das preußische Gesetz von 1847 verlangte die Übersendung eines motivierten Beschlusses. Auch heute noch dürfte es zweckmäßig sein, die gesetzlichen Bestimmungen, auf die der KK. gestützt wird, anzugeben.

Der Art. 10 des bayr. Gesetzes entspricht dem § 6 Abs. 1 und 2 der preuß. Bestimmung. Der Art. 9 des württembg. Gesetzes erfordert nicht ausdrücklich die Schriftlichkeit der Erklärung, schreibt dagegen die Anführung der Gründe, aus welchen die Zuständigkeit bestritten wird, zwingend vor.

Mit Abgabe der Erklärung an ein Gericht, bei welchem die Sache nicht anhängig ist, wird der KK. ebenso wirksam erhoben. Das betreffende Gericht ist gehalten, die Erklärung an das zuständige Gericht zu übersenden (§ 5 Abs. 3). Dies ist für den Fall von Wichtigkeit, in dem durch Einlegung eines Rechtsmittels der Rechtsstreit bei einem anderen Gericht anhängig ist.

Bedeutungsvoll ist noch die vom KGH. in ständiger Rechtsprechung verlangte Voraussetzung, daß der KK. nicht unter einer Bedingung — etwa für den Fall, daß der Richter den Rechtsweg für zulässig halte — erhoben wird. Jede Bedingung macht die KK.s-erhebung wirkungslos. Denn sie erzeugt einen Schwebezustand, der für die Entscheidung des Rechtsstreits wenig förderlich ist[109]). Der KK. gilt auch nicht als unbedingt erhoben, sondern ist völlig unwirksam[110]).

Die Rücknahme des KK.s ist nach § 11 Abs. 3 der Pr. VO. dem Minister oder Präsidenten, der ihn erhoben hat, gestattet.

Die Beantwortung der Frage, ob ein einmal verworfener KK. mehrmals erhoben werden kann, hängt von der Tatsache ab, ob die Verwerfung auf formalen Mängeln oder dem Mangel sachlicher Begründung beruhte. Ebenso wie bei der Klageabweisung aus formalen Gründen kann im ersten Fall eine Heilung eintreten, wenn der Mangel beseitigt wird, im zweiten Falle nicht[111]).

c) Das Verfahren vor dem Kompetenzgerichtshof

Vor dem Beginn des eigentlichen Verfahrens liegt ein Zwischenzustand, in dem von den Beteiligten sehr umständliche und zeit-

[108]) Gl. Ans. Droop, S. 119 N. 28; Oppenhoff, S. 483 N. 132.
[109]) Vgl. RVBl. 1934 S. 349/128.
[110]) Oppenhoff S. 481 N. 122.
[111]) ebenso Oppenhoff, S. 482 N. 127.

raubende Vorschriften zu beachten sind[112]). Das Gericht hat der Verwaltungsbehörde den Empfang ihrer Erklärung zu bestätigen und die Parteien des Prozesses unter Übersendung einer Abschrift der Erklärung von der Erhebung des KK.s von amtswegen zu benachrichtigen. Innerhalb eines Monats seit Zustellung der Benachrichtigung können die Parteien bei dem Gericht erster Instanz durch einen Schriftsatz, welcher von einem Anwalt unterschrieben sein muß, Stellung zu dem KK. nehmen. Vom Anwaltszwang befreit sind öffentliche Behörden und zum Richteramt befähigte Personen. Das Gericht hat den übrigen Beteiligten den Schriftsatz in Abschrift mitzuteilen. Ist kein Schriftsatz eingegangen, muß es die Verwaltungsbehörde hiervon benachrichtigen. Nach Ablauf der einmonatigen Frist sendet das Gericht die Akten mit oder ohne — wenn keine eingegangen sind — Schriftsätze und unter Beifügung eines Gutachtens an das zuständige Oberlandesgericht. Dieses nimmt seinerseits gutachtlich Stellung und reicht den ganzen Stoff an den Justizminister weiter. Dieser gibt die Akten mit den Berichten an den KGH. weiter und setzt den Präsidenten der beteiligten Verwaltungsbehörde davon in Kenntnis. Der Minister oder Präsident kann zu dem KK. durch schriftliche Erklärung an den KGH. Stellung nehmen.

Wenn er den KK. zurücknimmt, gehen die Akten auf dem gleichen Wege, auf dem sie gekommen sind — jedoch unter Ausschaltung des Oberlandesgerichts — an das Prozeßgericht zurück. Das Gericht hat dann von amtswegen die Parteien von der Zurücknahme zu benachrichtigen.

In Bayern ist das Verfahren einfacher. Das Gericht hat auch hier die Verwaltungsbehörde von dem Eintreffen ihrer Erklärung zu benachrichtigen und die Parteien von der Erhebung des KK.s. Ein Staatsanwalt bei dem KGH. übernimmt die weitere Vermittlung. Die Prozeßakten werden mit den etwaigen Erklärungen der Parteien, sonst nach Ablauf der einmonatigen Frist an ihn eingesandt. Er wirkt noch weiter in der mündlichen Verhandlung mit, in dem er dort nach den Erklärungen der übrigen Beteiligten seinen Antrag zu stellen und zu begründen hat.

Ganz vereinfacht ist das Verfahren in Württemberg, wo das Gericht, demgegenüber der KK. erhoben worden ist, die Akten mit entsprechenden Erklärungen der Parteien oder nach Ablauf einer vierwöchigen Frist und mit einer eignen Stellungnahme dem KGH. vorzulegen hat.

Für das eigentliche Verfahren vor dem KGH. hat das Reichsrecht vorgeschrieben (§§ 17 Abs. 2 Zif. 3 GVG., § 17 Abs. 2 EG. GVG.), daß es gesetzlich oder durch landesrechtliche Verordnung zu regeln

[112]) vgl. auch Drews, aaO. S. 38 ff.

ist, und die Entscheidung in öffentlicher Sitzung nach Ladung der Parteien zu erfolgen hat.

Der Gerichtshof entscheidet im Gegensatz zum Gesetz von 1847 (§ 14) auf Grund mündlicher Verhandlung in öffentlicher Sitzung. Den Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt der Vorsitzende von amtswegen (§ 13 Abs. 1). Die Vorschriften des GVG.s über die Öffentlichkeit und Sitzungspolizei sowie der ZPO. über die Aufnahme eines Protokolls finden entsprechende Anwendung (§ 12). Im übrigen ist das Verfahren weitgehend der ZPO. nachgebildet. Der Vorsitzende leitet die Verhandlung. Beratung und Abstimmung sind geheim. Die Verkündung des Urteils erfolgt durch Verlesen der Urteilsformel. Nur die beteiligten Richter können das Urteil fällen und müssen es unterschreiben [113]).

Trotz vieler aus dem Zivilprozeß entnommenen Bestimmungen unterscheidet sich das Verfahren vor dem KGH. doch ganz grundsätzlich vom Parteiprozeß. Nicht die Parteien des ursprünglichen Rechtsstreits tragen das Streitverhältnis vor. Sondern ein vom Vorsitzenden beauftragtes Mitglied des Gerichtshofs gibt im Termin eine Darstellung der bisher stattgefundenen Verhandlungen. Die Parteien des Zivilprozesses müssen zwar von amtswegen geladen werden. Jedoch ist ihr Erscheinen oder das eines Vertreters im Termin nicht erforderlich (§ 13 Pr. VO.). Wenn sie im Termin verhandeln wollen, müssen sie sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen (§ 13 Abs. 3), ausgenommen öffentliche Behörden und zum Richteramt befähigte Personen. Sie werden zwar gehört, einen wesentlichen Einfluß haben sie aber auf das Verfahren nicht. Es steht im Belieben des Gerichtshofs, ob und wieweit er ihren tatsächlichen oder rechtlichen Ausführungen folgen will. Der KGH. hat eine wesentlich freiere Stellung als der Zivilrichter. Wenn er in tatsächlicher Hinsicht die Sache noch für aufklärungsbedürftig hält, so können nachträgliche Ermittlungen und von der Verwaltungsbehörde beigebrachte Urkunden für die Entscheidung herangezogen werden, wie der KGH. des öfteren entschieden hat [114]). Der KGH. ist sogar als befugt anzusehen, selbst derartige nachträgliche Ermittlungen anzustellen, wenn er sie für erforderlich hält [115]).

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich deutlich, daß die Parteien des Rechtsstreits nicht auch die Parteien dieses Verfahrens sind, sondern daß vielmehr das Kompetenzkonfliktsverfahren nur von dem Zuständigkeitsstreit der Gerichte und Verwaltungsbehörden getragen

[113]) vgl. im einzelnen §§ 13—17 Preuß. VO. von 1879; das Regulativ, betr. die Geschäftsordnung des KGH.s vom 20. 2. 1880 §§ 6–11; abgedruckt bei Stölzel, aaO. S. 501.

[114]) vgl. die bei Droop S. 124 N. 44 a. E. und bei Oppenhoff, S. 490 N. 168 a. E. zit. Entscheidungen.

[115]) Gl. Ans. Oppenhoff S. 490 N. 169.

wird. Aus diesem Grunde sind Parteibetrieb und Verhandlungsmaxime, die Grundprinzipien des Zivilprozesses, verdrängt durch den Amtsbetrieb und den Untersuchungsgrundsatz.

Das bayrische Verfahren entspricht der preußischen Regelung. Auch Bayern verweist auf die Vorschriften der ZPO. über die Aufnahme eines Protokolls, über die Öffentlichkeit und die Sitzungspolizei. Eine Besonderheit des bayrischen Verfahrens, die bezeichnend für den Charakter der Behörde ist, ist die Mitwirkung einer Staatsanwaltschaft beim KGH.

In der Sache selbst hat sich der KGH. auf die Entscheidung der Zuständigkeitsfrage zu beschränken. Er hat nur über die rechtliche Vorfrage zu befinden, ob der Rechtsweg für den geltend gemachten Anspruch zulässig oder die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde begründet ist. Er darf nicht über den eigentlichen Streit der Parteien urteilen. Dies hat er der endgültig in der Sache erkennenden Behörde, für deren Zuständigkeit er sich entscheidet, zu überlassen.

Da beim positiven KK. jedes weitere gerichtliche Verfahren sofort aufhört, und beim negativen die Behörden endgültig erklärt haben, sich nicht mehr mit der Sache zu befassen, liegt die Prüfung des Vorliegens der formellen Voraussetzungen in beiden KK.s-fällen beim KGH. Er hat also insbesondere festzustellen, ob der KK. von einer Zentral- oder Provinzialverwaltungsbehörde erhoben ist, ob nicht eine rechtskräftige den Rechtsweg zulassende Entscheidung des Zivilgerichts vorliegt oder — beim negativen KK. — ob endgültige Unzuständigkeitserklärungen sämtlicher in Betracht kommenden Behörden gegeben sind.

Bei Prüfung der materiellen Rechtslage hat er zunächst von dem bisherigen Prozeßstoff, der Klageschrift und den Schriftsätzen auszugehen. Wenn dort bisher nur rechtliche Vorfragen erörtert worden sind, hat er dennoch selbst die Hauptsache ins Auge zu fassen. Denn ohne ein Eingehen auf die wahre Natur des Streitgegenstandes läßt sich die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs nicht beantworten [116]). Dann hat er die Erklärungen der Verwaltungsbehörde und die Ansicht der Parteien über den KK. zu berücksichtigen. Wenn die Sachdarstellung in dem KK.s-beschlusse eine von den Parteivorträgen abweichende ist, so darf er sie nicht ohne weiteres seiner Entscheidung zu Grunde legen [117]). Erforderlichenfalls muß er selbst noch Ermittlungen anstellen, um den Sachverhalt zu klären [118]).

---

[116]) s. auch Oppenhoff S. 491 N. 171.
[117]) Droop S. 124 N. 44.
[118]) Oppenhoff S. 490 N. 169.

2. Das Verfahren bei Ablehnung der Zuständigkeit

Wenn auch der negative KK. bei endgültigen Unzuständigkeitserklärungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden gegeben ist, so ist damit doch nicht ohne weiteres der KGH. zur Entscheidung berufen. Zur Eröffnung des Verfahrens vor ihm bedarf es des Antrages einer bei der Sache beteiligten Partei des Rechtsstreits [119]). Das preußische Gesetz von 1847 hatte im § 20 keine Bestimmung darüber getroffen. Doch war es herrschende Ansicht, daß die Behörden den negativen KK. von amtswegen entscheiden lassen mußten [120]). Das bayrische Gesetz von 1850 Art. 11 ließ den KGH. nur auf Anregung der beteiligten Parteien tätig werden.

Die heutige Regelung entspricht dem Umstand, daß der Staat kein unmittelbares Interesse daran hat, die Rechtlosstellung einer Partei zu verhindern. Hat sie keinen Rechtsschutz gefunden, und gibt sie sich nicht zufrieden, so mag sie sich an die staatlichen Organe wenden.

Der Antrag ist bei dem Gericht anzubringen, bei welchem die Sache in erster Instanz anhängig war, § 21 Abs. 2 Er muß der Gegenpartei von amtswegen zugestellt werden. Diese kann ihre Ansicht über den KK. innerhalb eines Monats durch einen Schriftsatz äußern. Ist der negative KK. soweit gediehen, so gelten nunmehr die gleichen Vorschriften wie beim positiven KK. (§ 21 Abs. 3 Pr. VO.).

Die Prüfung, ob die materiellen und formellen Voraussetzungen eines negativen KK.s vorliegen, ist Aufgabe des KKGH.s. Denn Gerichte und Verwaltung haben durch ihre endgültigen Entscheidungen das Verfahren bei sich abgeschlossen und befassen sich nicht mehr mit der Sache.

3. Die Kosten

Nach § 20 der preußischen VO. und Art. 25 des bayrischen Gesetzes ist das durch die Erhebung eines KK.s veranlaßte Verfahren gebühren- und kostenfrei. Wenn die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auch nur auf den positiven KK. anwendbar zu sein scheint („durch die Erhebung eines KK.s"), so gilt sie doch auch für den negativen KK. Denn die gesetzlichen Bestimmungen schreiben für ihn nichts Abweichendes vor. Die den Parteien erwachsenen Auslagen werden ihnen nicht erstattet. Die preußische VO. bestimmt noch weitergehend, daß bare Auslagen nicht in Ansatz gebracht werden (§ 20).

In der Gebührenfreiheit kommt wiederum zum Ausdruck, daß es sich nicht um den Streit zwischen zwei privaten Parteien handelt, in

[119]) § 20 Abs. 1 Pr.VO.; Art. 22 Abs. 1, Bayr. Ges.; Art. 12 A. 1. Württembg. Ges.

[120]) Droop S. 495 N. 186.

dem es einen Unterliegenden und einen Obsiegenden gibt, sondern daß das Verfahren allein wegen des Zuständigkeitsstreits der Behörden veranlaßt und durchgeführt wird [121]). Es würde unbillig sein, den Parteien hierfür Kosten aufzuerlegen.

Fraglich ist, ob in dem unterbrochenen Zivilprozeßverfahren Kosten entstehen. Hier muß unterschieden werden, ob der KGH. den Rechtsweg für zulässig oder für unzulässig hält. Wird auf Zulässigkeit des Rechtswegs erkannt und die Sache an das ordentliche Gericht zurückgebracht, so entscheidet dies sowohl in der Sache selbst wie auch über die Kostentragungspflicht. Das ist unzweifelhaft; der Fall wird deshalb in den Bestimmungen gar nicht erwähnt.

Entscheidet sich der KGH. für Unzulässigkeit des Rechtswegs, so werden in Preußen keine Gerichtskosten erhoben und die bereits erhobenen zurückgezahlt (§ 18). Die den Parteien erwachsenen Kosten werden ihnen nicht erstattet. In Bayern soll das Zivilprozeßverfahren offenbar nicht kostenfrei sein, denn Art. 21 bestimmt, daß in diesem Fall das Prozeßgericht noch über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, zu erkennen hat (Art. 21). Der KGH. kann jedenfalls nicht hierüber erkennen, da das gerichtliche Verfahren nicht seiner Beurteilung unterliegt. Wollte er über die Kostentragungspflicht urteilen, so wäre das gleichbedeutend mit einer Entscheidung in dem Zivilprozeß selbst. Dafür ist er aber nicht zuständig. Das Prozeßgericht wird die Kostenentscheidung nach den Grundsätzen der ZPO. §§ 91 ff. fällen und sie dem auferlegen, der unterlegen sein würde.

Württemberg trifft lediglich in Art. 14 Abs. 8 des Gesetzes eine Bestimmung über den Kostenpunkt: Die Kosten des Verfahrens können der Partei, durch deren Klage, Widerklage oder Rechtsbeschwerde der KK. veranlaßt worden ist, zugeschieden werden. Danach werden bei Unzulässigkeit des Rechtswegs die Kosten des Konfliktsverfahrens der den umstrittenen Anspruch verfolgenden Partei aufzuerlegen sein, und bei dem negativen KK., wenn weder das ordentliche Gericht noch eine Verwaltungsbehörde zuständig ist, derjenigen, die die Entscheidung des negativen KK.s beantragt hat. Ob bei Zulässigkeit des Rechtswegs für das Verfahren vor dem KGH. Kosten entstehen, bleibt unbeantwortet. Sollten solche entstehen, so müßten sie billigerweise der Staatskasse zur Last fallen, da der Versuch der Verwaltung, die Sache an sich zu ziehen, erfolglos geblieben ist. Ob der württembergische Gesetzgeber mit dem Worte „können" es in das Ermessen des Gerichts legen wollte, überhaupt Kosten zu erheben oder sie auch der anderen Partei aufzuerlegen, ist nicht klar ersichtlich.

---

[121]) Droop, Anm. zu § 20; Oppenhoff, Anm. 174.

VII. Die Entscheidungen des KGH.s und ihre Wirkungen

a) beim bejahenden Zuständigkeitsstreit

Die Urteile des KGH.s werden nach den Grundsätzen des Zivilprozeßrechts gefällt und verkündet. Der Justizminister und der Minister oder Präsident der beteiligten Verwaltungsbehörde erhalten je eine Ausfertigung. Der Justizminister übersendet die Ausfertigung an das Gericht, bei welchem die Sache anhängig gewesen ist. Das Gericht hat den Parteien das Urteil von amtswegen zuzustellen.

Die Erkenntnisse können in verschiedener Weise ergehen. Zunächst kann der Fall eintreten, daß der KK. an formalen Mängeln leidet; er ist z. B. nicht von einer zuständigen Behörde erhoben worden[122]). Dann ergeht das Urteil des KGH.s dahin,

„daß der erhobene KK. nicht für zulässig zu erachten sei".

Diese Entscheidung hat nur die Wirkung, daß der KK., so wie er jetzt vorliegt, unbeachtlich ist. Wird der formale Mangel geheilt, so steht einer erneuten KK.s-erhebung nichts im Wege. Der KGH. hat sich wieder mit der Sache zu befassen, und eine von dem früheren Erkenntnis abweichende Beurteilung der Angelegenheit ist durchaus möglich. Der Richter ist an die Unzulässigkeitserklärung in keiner Weise gebunden. Sie hat nur die eine Bedeutung für ihn, daß der Prozeß weitergeht, als ob der KK. niemals erhoben worden wäre[123]).

Sind die formellen Voraussetzungen erfüllt, dann tritt der KGH. in die Beurteilung der Kompetenzfrage ein. In keiner der landesrechtlichen Bestimmungen findet sich ein Fingerzeig, geschweige denn ein Grundsatz, nach welchem die Gerichtshöfe ihre Entscheidungen zu treffen haben. Diese Tatsache hängt mit dem bereits erörterten Umstand zusammen, daß die Länder sich über die Trennung des öffentlichen von dem Privatrecht keineswegs klar und noch viel weniger einig waren. Mangels einer entsprechenden Bestimmung werden in den Fällen, in denen das einzelne Gesetz schweigt, die allgemeinen, von der Rechtsprechung im Laufe der Zeit entwickelten Grundsätze über die Scheidung der beiden Rechtsgebiete für den KGH. maßgebend sein. Während das Reichsgericht früher auf dem Standpunkt gestanden hat, daß vermögensrechtliche Ansprüche ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis dem Privatrecht angehören[124]), hat es später die rechtliche Natur des Streitgegenstandes entscheidend sein lassen[125]), und zwar die rechtliche Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses, nicht die behauptete Natur des Rechts-

[122]) Weitere Gründe bei Stölzel, S. 374 § 64.
[123]) vgl. Stölzel, Rechtsweg ... S. 374.
[124]) RGZ. Bd. 22, S. 88; 25 S. 330; 33 S. 34.
[125]) RGZ. Bd. 93 S. 258; 96 S. 75; 103, S. 56; 125 S. 399.

verhältnisses. Die Richtigkeit der Behauptungen zu prüfen, obliegt dem endgültig in der Sache erkennenden Richter. Dieser entscheidet dann, ob die Klage begründet ist.

Je nachdem der KGH. den Rechtsweg für zulässig hält oder nicht, fällt seine Entscheidung, entweder

„daß der Rechtsweg in dieser Sache für zulässig und der erhobene KK. daher für unbegründet zu erachten"

oder

„daß der Rechtsweg in dieser Sache für unzulässig und der erhobene KK. für begründet zu erachten"

sei.

Während in Württemberg die Frage, ob und wieweit die Gerichte an die Entscheidungen des KGH.s gebunden sind, durch das überhaupt wegen seiner Knappheit und Klarheit ausgezeichnete Gesetz eindeutig dahin beantwortet wird, daß die Entscheidung endgültig und mit verbindlicher Kraft für die Gerichte und die Verwaltung erfolge, ist sie in Preußen mangels einer entsprechenden Vorschrift zum Gegenstand umfangreicher Erörterungen und verschiedener Lösungen gemacht worden. Die Antwort fällt verschieden aus, je nachdem ob die Zulässigkeit des Rechtswegs verneint oder bejaht wird.

Zunächst steht unbestritten fest, daß die Entscheidung, der Rechtsweg sei unzulässig, die Gerichte bindet[126]). Das unterbrochene gerichtliche Verfahren kann nicht mehr fortgesetzt werden. Dem Richter bleibt die Sache entzogen. Er hat überhaupt nicht mehr die Möglichkeit, zur Sache zu entscheiden, da ein weiteres Verfahren vor dem Gericht nicht mehr stattfindet[127]). Auch eine Entscheidung über die Kosten ergeht nicht mehr, da gemäß § 18 der Pr. VO. in diesem Falle Gerichtskosten nicht erhoben und die bereits erhobenen zurückgezahlt werden[128]).

Wach[129]) ist der Ansicht, daß nach der Entscheidung des KGH.s die Klage noch abzuweisen und das gesetzliche Ergebnis betreffs der Kosten auszusprechen sei. Ohne eine eigentliche Begründung für seinen Standpunkt zu geben, weist er lediglich auf das Gesetz von 1847 hin, das einen anderen Wortlaut hatte. Da jedoch heute die VO. von 1879 gilt, dieser Punkt im übrigen nicht bestritten wird, bedarf die Richtigkeit der herrschenden Ansicht keiner weiteren Erörterung.

Wesentlich andere Folgen ergeben sich, wenn der KGH. den Rechtsweg für zulässig erklärt. Zunächst hat diese Entscheidung die

---

[126]) Bornhak, aaO. 2. Bd. S. 534.

[127]) A. M. Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 52, der noch eine Klageabweisung verlangt.

[128]) Gl. Ans. Stölzel, Rechtsweg ... S. 375; And. Mein. O. Mayer I. Bd. S. 225; Wach S. 105.

[129]) S. 105 Anm. 76.

Wirkung, daß das Bemühen der Verwaltungsbehörde, ihre eigene Zuständigkeit zu begründen, fehlgeschlagen ist. Das KK.s-verfahren ist beendet, der Rechtsstreit wird fortgesetzt und zwar in dem Stadium, in dem er sich bei Erhebung des KK.s befunden hat.

Was nun weiter die Wirkung der Entscheidung auf das gerichtliche Verfahren betrifft, ist in der Literatur[130]) die Ansicht vertreten worden, daß sie die Gerichte in keiner Weise binde, daß vielmehr auch nach dieser Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs selbständig und unabhängig zu erkennen sei. Trotz der Entscheidung des KGH.s könne das Gericht den Rechtsweg für unzulässig erklären. Begründet wird diese Ansicht mit der Behauptung, daß das Urteil des KGH.s nicht im Prozesse und nicht unter den Parteien ergehe.

Ihr gegenüber haben andere Schriftsteller behauptet[131]), daß die Gerichte doch an den Ausspruch des KGH.s gebunden seien, weil er die gemeinsame höhere Instanz für die streitenden Behörden im Punkte der Zuständigkeitsgrenze sei[132]).

Die letztere Ansicht verdient den Vorzug. Es ist zwar richtig, daß das Urteil des KGH.s nicht im Prozesse der Parteien ergeht, sondern in einem besonderen Verfahren, dem der Zuständigkeitsstreit verschiedener Behörden wesentlich ist, und in dem die Parteien nur eine ganz untergeordnete Rolle spielen. Der Ausspruch des KGH.s hat auch nicht die Kraft eines gerichtlichen Urteils. Wenn er den Rechtsweg für unzulässig erachtet, kann er ein noch nicht rechtskräftiges gegenteiliges Urteil des Gerichts nicht aufheben oder abändern, wie es die höhere Instanz vermag. Er macht es nur insofern bedeutungslos, als ein weiteres gerichtliches Verfahren und eine Zwangsvollstreckung nicht erfolgen kann. Wenn die gleiche Klage nochmals erhoben wird, kann sich das Gericht auf die Feststellung beschränken, daß die Unzulässigkeit des Rechtswegs bereits rechtskräftig ausgesprochen worden ist. Die im Schrifttum vertretene Ansicht[133]), das Gericht müsse noch über die Klage entscheiden und sie, gebunden an das Erkenntnis des KGH.s, abweisen, ist abzulehnen. Sie bedeutet einen Umweg, der überflüssig ist, und kommt letzten Endes zu dem gleichen Ergebnis.

Das Gleiche muß gelten, wenn der Gerichtshof den Rechtsweg für zulässig hält. Das Gericht hat das Verfahren ohne weiteres fortzusetzen. Wird im Laufe des ferneren Prozesses vom Beklagten die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs erhoben, so hat das Ge-

---

[130]) Droop S. 124 N. 46; Oppenhoff S. 492 N. 173; O. Mayer S. 182.

[131]) Stölzel, Rechtsweg ... S. 376; Bornhak, S. 536; Wach, S. 105; Sarvey, S. 688.

[132]) vgl. RGZ. Bd. 147 S. 242, das die Bindung des ordentl. Gerichts an den Ausspruch KGH.s bejaht; ferner Boethke aaO. S. 209.

[133]) Stölzel S. 375; Oppenhoff S. 492 N. 173.

richt sie unter Hinweis auf die Entscheidung des KGH.s zurückzuweisen [134]), ohne daß es selbst diesen Punkt beurteilen darf.

Außerdem ist die Richtigkeit dieser Ansicht in Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Vernunft begründet. Denn was würde die Folge sein, wenn das Gericht in entgegengesetzter Ansicht den Rechtsweg für unzulässig erklärte? Im Hinblick auf die Entscheidung des KGH.s würde die Verwaltungsbehörde sich gleichfalls für unzuständig erklären. Es entstände ein negativer KK., wobei die Ansicht des KGH.s von vornherein feststände. Ein neues, nunmehr negatives KK.s-verfahren müßte mit Zeit- und Geldaufwand für Parteien und Behörden durchgeführt werden. Als klar vorauszusehendes Ergebnis würden die Gerichte schließlich doch in der Sache entscheiden, da ja der KGH. den Rechtsweg wie bereits früher für zulässig erklären würde.

Ein Umstand ließe sich für die gegenteilige Meinung anführen, daß nämlich, wenn der KGH. einmal rechtlich nicht einwandfrei — aber wie stets unanfechtbar — entschieden hat, die Gerichte ungebunden ihrer richtigen Ansicht zum Siege verhelfen könnten. Aber eine Ansicht muß endlich maßgebend sein, auch auf die Gefahr hin, daß sie einmal falsch ist.

Für die hier geäußerte Meinung hat sich auch der Gesetzgeber in Preußen entschieden, indem er in Art. 2 des Gesetzes vom 22. 5. 1902 bestimmt hat, daß, wenn der KGH. den Rechtsweg für zulässig erklärt hat, die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und -gerichte ausgeschlossen ist.

Wenn dieselbe Streitsache noch einmal vor den KGH. gelangt, braucht er sie nicht noch einmal zu prüfen. Hier steht dem weiteren Verfahren die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen [135]).

Zu erwähnen ist noch, daß, wenn der KGH. auf Zulässigkeit des Rechtswegs erkannt hat, die vom Gericht gegebenenfalls ausgesprochene einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil von amtswegen wieder aufzuheben ist [136]).

b) beim verneinenden Zuständigkeitsstreit

Ebenso wie beim positiven KK. kann beim negativen KK. zunächst eine der peinlich genau zu beobachtenden formellen Voraussetzungen nicht erfüllt sein: es liegen keine endgültigen Entscheidungen sämtlicher Behörden vor, oder ein Parteiantrag fehlt.

---

134) vgl. auch Gaupp, S. 77; Wach, S. 105; Laforet, S. 70.
135) ebenso Stölzel, Rechtsweg ... S. 375.
136) § 19 Abs. 2 Pr.VO. 1879.

Dann tritt der KGH. gar nicht in die Verhandlung über die Hauptsache ein, sondern die Entscheidung ergeht dahin, daß der Antrag des ... auf Entscheidung eines negativen KK.s als unzulässig zurückgewiesen werde. Über die genaue Fassung ist man sich nicht einig[137]).

Ein formeller Mangel wird meist nur vorübergehend und heilbar sein. Ist er beseitigt, so steht nunmehr einem Erkenntnis des KGH.s zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs nichts mehr im Wege. Es sind dann nur zwei Entscheidungen möglich, entweder wird die Zulässigkeit des Rechtswegs oder die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder -gerichte ausgesprochen[138]). Der vorhin erwähnte Fall, daß der KGH. keine der angegangenen, sondern eine dritte Behörde für zuständig hält, scheidet hier aus, weil der negative KK. dann unzulässig wäre.

Der KGH. ist ermächtigt, die seinem Urteil entgegenstehenden Entscheidungen aufzuheben[139]) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Instanz, für deren Zuständigkeit er sich erklärt hat, zu verweisen (§ 21 Abs. 4 Pr. VO.). Die bayrischen und württembergischen Bestimmungen laufen auf das gleiche Ergebnis hinaus (Art. 23 Abs. 4 S. 2 Bayr. Ges.; Art. 14 Abs. 6 württ. Ges.).

Der Ausspruch des KGH.s ist demnach in jedem Fall bindend sowohl für die Gerichte wie für die Verwaltungsinstanzen einschließlich der früheren Landesminister und höchsten Verwaltungsgerichte. Diese müssen die Ansicht des KGH.s in der Frage des Verfahrenswegs ihrer Beurteilung der Sache zu Grunde legen und eine entsprechende Entscheidung fällen. Wie Stölzel[140]) treffend sagt, „liegt in der Befugnis des Gerichtshofs, rechtskräftige Urteile anderer Gerichte aufzuheben und die letzteren der eignen Ansicht zuwider zu einer sachlichen Entscheidung des Rechtsstreits zu bringen, die am weitesten greifende Bedeutung des Gerichtshofs".

Gerade von diesem Punkte nahm der Streit des Reichsgerichts mit dem preußischen KGH. seinen Ausgang, indem das höchste ordentliche Gericht[141]) dem Urteil des KGH.s die Anerkennung versagte, welches seine Entscheidungen über die Unzulässigkeit des Rechtswegs aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung zurückzuverweisen versuchte. Heute ist durch das preußische Gesetz vom 22. 5. 1902 ausdrücklich festgestellt, daß, wenn das Reichsgericht die Unzulässigkeit des Rechtswegs ausgesprochen hat, die Verwal-

---

[137]) Stölzel, Rechtsweg ... S. 386, Droop S. 131 N. 62.

[138]) Über den Tenor vgl. Stölzel S. 389; Droop S. 131 N. 63.

[139]) Seydel, Bd. 2 S. 562: „Die vernichtende Wirkung des Urteils erfaßt also nicht das ganze Verfahren desjenigen Instanzenzuges, der als der zuständige erkannt wird.

[140]) S. 387.

[141]) RGZ. Bd. 44 S. 380.

tungsbehörden und -Gerichte sich nicht deshalb für unzuständig erklären dürfen, weil der Rechtsweg gegeben sei. Es bleibt bei dem Erkenntnis des Reichsgerichts, daß der Rechtsweg unzulässig ist. Die Verwaltung hat sich mit der Sache zu befassen und sie zu erledigen. Ein Ergebnis, daß weder eine Verwaltungsbehörde zuständig ist, noch die besonderen Voraussetzungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorliegen, ist dann durchaus noch möglich.

Die Frage, an welche Instanz die Sache zu verweisen sei, beantwortet § 21 Abs. 4 Pr. VO. mit „der betreffenden Instanz", nämlich derjenigen, deren Urteil aufgehoben wird. Stölzel [142]) meint hierzu, daß die Verweisung an die unterste der Instanzen zu erfolgen habe, die wegen Annahme ihrer Unzuständigkeit eine Entscheidung abgelehnt haben, damit die Parteien keine Einbuße an den ihnen zur Verfügung stehenden Instanzen zu erleiden hätten. Dieser Ansicht wird zuzustimmen sein, auch wenn die Entscheidung der Streitsache dadurch sehr hinausgeschoben wird.

142) S. 389.

C.

Künftiges Recht

1. Die zukünftige Bedeutung des KGH.s

Die zukünftige Bedeutung des KGH.s hängt von der Gestaltung des Verhältnisses des öffentlichen zum privaten Recht und von der organisatorischen Scheidung des richterlichen und verwaltungsmäßigen Aufgabenkreises ab. Schon mehrfach ist erklärt worden [143]), daß der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht im nationalsozialistischen Reich fallen müsse. Huber [144]) hat an seine Stelle den Unterschied von volksgenössischem und hoheitlichem Recht setzen wollen. Damit hat er jedoch nur andere Worte eingesetzt, die dem Unterschied eine andere Färbung von einem bestimmten Blickpunkt aus geben. Im übrigen hat man noch nichts Neues und Besseres an die Stelle des früheren setzen können. Die Stimmen für die Beseitigung des Unterschiedes haben sich nicht durchzusetzen vermocht.

Es ist nicht zutreffend, wenn vom „Gegensatz" des öffentlichen zum privaten Recht gesprochen wird. Das klingt nach liberalem Kampf des Einzelnen gegen den Staat. Sondern richtiger, auch früher schon, war, vom „Unterschied" der beiden Rechtsgebiete zu sprechen [145]). Während das Privatrecht die Beziehungen der einzelnen Volksgenossen untereinander regelt, trifft das öffentliche Recht Bestimmungen über die Stellung des Einzelnen zum Staat und zu öffentlichen Gemeinwesen oder dieser untereinander. Aus der Verschiedenheit der rechtlichen Verhältnisse ergibt sich, daß für die beiden großen Rechtsgebiete in mancher Hinsicht abweichende Grundsätze und Regeln gelten müssen. Denn nicht umsonst ist der Unterschied immer wieder erörtert und behandelt worden. Der Staat, die Volksgemeinschaft und öffentliche Körperschaften können nicht den gleichen Verpflichtungen und Berechtigungen unterliegen gegenüber

143) R. Höhn, Rechtsgem. und Volksgem., S. 16.
144) „Justiz und Verwaltung", aaO. S. 404.
145) Scheuner, DJZ. 1935, S. 1464: „Nicht notwendig bedeutet die Unterscheidung dieser Rechtsgebiete ihre Entgegensetzung."

dem einzelnen Volksgenossen, die dieser gegenüber Seinesgleichen zu beobachten hat. Kraft seiner hoheitlichen Gewalt tritt der Staat oder die Volksgemeinschaft in vielen Fällen gebietend vor den Einzelnen und verlangt von ihm ein Tun oder Unterlassen, während diesem umgekehrt eine solche Befugnis gegenüber Seinesgleichen oder gar der Staatsgewalt nicht zusteht.

Der Reichsgesetzgeber hat auch heute noch nicht bestimmt, was eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist, und was eine öffentlich-rechtliche sein soll. Er hat nur die Zahl der Zuweisungen im Einzelfall entweder in den Rechtsweg oder in den Verwaltungsweg um einige Beispiele vermehrt. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat lediglich Grundsätze entwickelt, nach denen die Frage im Streitfalle zu entscheiden ist. Dabei hat das Gericht schon mehrfach seine Ansicht geändert. Nach früheren Entscheidungen (RGZ. Bd. 22 S. 88; 25, S. 333; 33, S. 34) gehörten vermögensrechtliche Ansprüche grundsätzlich in den Rechtsweg. Dies ist ein besonderes Beispiel, wie ahnungslos früher das Reichsgericht in öffentlich-rechtlichen Dingen war. Nach RGZ. Bd. 57 S. 352 ist maßgebend, ob es sich um einen Gegenstand des öffentlichen oder privaten Interesses handelt. Nach RGZ. Bd. 92 S. 310 kommt es auf die Auffassung zur Zeit des Erlasses der Reichsjustizgesetze an. Wenn das Reichsgericht heute die rechtliche Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses maßgebend sein läßt, so kann wieder zweifelhaft sein, auf Grund welcher Tatsachen oder Wertungen die Ansicht von der rechtlichen Natur gewonnen werden soll. Solange der Reichsgesetzgeber hier nicht in ganz allgemeiner Weise eine Regelung getroffen hat, werden immer wieder Streitfragen auftauchen, die einer Entscheidung bedürfen. Der preußische KGH. hat sich von jeher bemüht, die wahre Natur des Klageanspruches und den materiellen Inhalt eines Rechtsstreits zu erkennen. Nicht die Form der Klage oder die Art der Begründung, sondern der sachliche Inhalt des Klageanspruches sei entscheidend [146]). Besonders klar kommt diese Ansicht in einer Entscheidung vom 31. 10. 1925 Nr. 2890 [147]) zum Ausdruck, in dem Gemeindeverbände vom preußischen Fiskus Erstattung von Beträgen verlangten, die sie auf ein Schreiben des stellvertretenden Regierungspräsidenten für die Unterstützung Erwerbsloser aufgewandt hatten, ehe ihnen der Widerruf des erpreßten Schreibens zugegangen war:

„Insoweit aber die Klage auf ein Auftragsverhältnis gestützt werde, widerspreche es so sehr dem rein öffentlich-rechtlichen Verhältnis zwischen Kommunalaufsichtsbehörde und Gemeindeverbänden, wenn die Anordnung des Reg.-Präs. als privatrechtlicher Auftrag angesprochen werde, daß darin nur der unzulässige Versuch gesehen werden könne, ein öffentlich-rechtliches

[146]) E. KGH.: v. 28. 4. 06, Nr. 2560; Nr. 2555 v. 12. 11. 21, Nr. 2771.
[147]) sämtlich bei Stölzel, Rechtsprechung ...

Verhältnis, das den ordentlichen Gerichten entzogen sei, unter der Benennung eines privatrechtlichen Anspruches, aber ohne Vortrag eines den angezogenen bürgerlichrechtl. Vorschriften entsprechenden Tatbestandes, vor das ordentliche Gericht zu bringen."

Bei der umfangreichen und umfassenden Verwaltungstätigkeit des heutigen Staates läßt es sich gar nicht umgehen, daß Gerichtsbarkeit und Verwaltung verschiedenen Behörden übertragen werden. Eine Trennung von Justiz und Verwaltung ist also ohne Rücksicht auf liberale Anschauungen und Forderungen rein aus organisatorischen Gründen unumgänglich erforderlich[148]).

Weiter ist man sich darüber einig, daß dem einzelnen Volksgenossen die Möglichkeit gegeben werden muß, gegen Handlungen und Entscheidungen der Verwaltung, durch die er sich benachteiligt glaubt, Rechtsschutz zu finden[149]). Denn auch der nationalsozialistische Staat ist ein Rechtsstaat nach dem Willen des Führers[150]). Unzweifelhaft ist in diesen Fällen eine Anrufung der ordentlichen Gerichte, die für den Justizstaat wesentlich war, wie schon in vornationalsozialistischer Zeit mit der heutigen Staatsauffassung erst recht unvereinbar. Denn es steht mit dem Führerprinzip und der Einheit der Staatsgewalt in Widerspruch, daß unabhängige, ordentliche Zivilgerichte über Handlungen der Verwaltung urteilen können.

Die andere Art einer Gewähr dafür, daß die Verwaltung mit dem Willen und den Zielen der Führung im Einklang steht, ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ihre Berechtigung oder Abschaffung ist viel erörtert worden. Man hat versucht[151]), durch den Nachweis ihrer Entstehung aus liberalen Gedankengängen ihr die heutige Berechtigung abzusprechen. Gewiß ist zuzugeben, daß es das Ideal wäre, wenn in jedem Fall, in dem sich ein Volksgenosse ungerecht behandelt glaubt und seinen Führer um Hilfe bittet, dieser persönlich und mit der nötigen Fachkenntnis entscheiden könnte. Dann wäre jede Verwaltungsgerichtsbarkeit unnötig. Jedoch ist das natürlich ganz unmöglich. Ebenso wie der Führer nicht alle Akte der Verwaltung selbst vornehmen kann, ist er nicht in der Lage, jeden Einzelfall selbst auf seine zutreffende Regelung hin zu prüfen. Er muß sich vielmehr ausführender Organe bedienen. Es liegt in der menschlichen Unzulänglichkeit begründet[152]), daß sich der Einzelne irren und in einem Fall

---

148) Schelcher, RVBl. 1937 S. 570: „Die Unterscheidung von öffentlichem und Privatrecht spielt für das gesamte Rechtsleben solange eine Rolle, als die Verwaltung und Justiz als getrennte Behördenorganisationen nebeneinander bestehen, deren jede ihre eigene Zuständigkeit besitzt." Ferner Sievers, „Die Verwaltung im GVG." S. 29; Kern, „Die Grundgedanken ..." S. 8.

149) vgl. Danckwerts, aaO. S. 110.

150) Schneider, „Verwaltungsgerichtsbarkeit ..." in Deutsches Recht 1935 S. 460; ferner Laforet aaO. S. 224 225; Frick, Deutsche Verwaltung 1936 S. 331.

151) Sarvey, Deutsches Recht 1936 S. 333; Muth, ebenda S. 407.

152) Knauth, DJZ. 1934 S. 1120.

eine falsche Anordnung treffen kann. Wenn hier der Volksgenosse die Verwaltungsgerichte anrufen darf zur Entscheidung der Frage, ob ein Akt der Verwaltung mit den Grundsätzen nationalsozialistischer Staatsführung im Einklang steht, so ist das nicht ein Wiederauflebenlassen der subjektiven Rechte im früheren Sinne. Nicht um seiner selbst oder ihm gegenüber der Gemeinschaft garantierter Rechte willen wird der Einzelne geschützt. Sinn und Inhalt der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist heute vielmehr die Gewährleistung einer gerechten Verwaltung, die dafür einsteht, daß die Volksgemeinschaft in ihrer Gesamtheit im Einklang mit nationalsozialistischen Grundsätzen geführt wird[153]). Wenn heute auch der Einzelne zu Gunsten der Gesamtheit zurücktreten muß, so bedeutet das doch nicht, daß in jedem Fall gegen den einzelnen Volksgenossen willkürlich verfahren werden darf. Das kann nicht der Wille wahren Nationalsozialismus sein. Denn nur dann gedeiht die Volksgemeinschaft, wenn ihr einzelner Angehöriger sich innerhalb eines nach festen Grundsätzen und Normen geordneten Verwaltungsablaufs zu freudiger Mitarbeit zum Wohle der Gesamtheit ganz einsetzen kann.

Zu einer erfolgreichen Staatsführung ist demnach notwendig, daß dem Einzelnen die Möglichkeit gegeben wird, in Fällen, in denen er sich unberechtigt benachteiligt glaubt, bei einer hierfür zuständigen Behörde Schutz zu suchen. Der Deutsche hat ein ausgeprägtes Rechtsgefühl und empfindet eine ungerechte Behandlung besonders schwer. Es widerstrebt seiner Natur, sich ohne weiteres in Unvermeidliches zu fügen. Er versucht vielmehr, koste es, was es wolle, zu seinem Recht zu kommen. Wie wenig gern er sich mit Entscheidungen unterer Behörden begnügt, beweisen die unzähligen Bitten und Gesuche um Hilfe an den Führer, die dessen Privatkanzlei fast völlig in Anspruch nehmen. Würde dem einzelnen Volksgenossen künftig die Möglichkeit einer gerichtlichen Entscheidung genommen werden, so wäre ein Angehen der Kanzlei des Führers in sehr vielen Streitfällen die Folge. Was ein Teil der Literatur als mit der heutigen Zeit unvereinbar ablehnt, würde sich das Volk auf anderem Wege selbst verschaffen. In diesem ausgeprägten Rechtsempfinden dürfte demnach die Verwaltungsgerichtsbarkeit solange ihre zukünftige Berechtigung finden, als nicht etwas Besseres an ihre Stelle treten kann[154]).

So haben sich denn auch die Stimmen, die die Abschaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit verlangten, nicht durchzusetzen vermocht.

---

[153]) s. Koellreutter, „Grundsätzliches zur Frage der Verw.gerichtsbarkeit" RVBl. 1936, S. 885 ff.; Schelcher „In der Regel ohne Angabe von Gründen" aaO. S. 915; Peters, Beamtenjahrbuch 1935, S. 491.

[154]) ähnlich Danckwerts, aaO. S. 111: „Das deutsche Volk ist seit germanischer Zeit daran gewöhnt, sein Recht aus der Hand von Gerichten zu empfangen. Behörden, die nicht Gerichte sind, steht es mißtrauisch gegenüber."

Heute wird von dem weitaus überwiegenden Teil der Literatur[155]) die Notwendigkeit ihrer Beibehaltung durchaus anerkannt. In gleichem Sinne hat sich bereits die Regierung ausgesprochen (vgl. die Rede des Reichsinnenministers Dr. Frick in München auf der 3. Jahrestagung der Akademie für deutsches Recht in „Deutsche Verwaltung" 1936, S. 333).

Auch die Gesetzgebung hat sich in dieser Richtung entschieden, indem sie in neuesten Gesetzen das Angehen der Verwaltungsgerichte gestattet (§ 142 DBG.) und die Einrichtung eines Reichsverwaltungsgerichts verheißt (§ 147 DBG.).

Zusammenfassend läßt sich sagen:

Solange die Gerichte und die Organe der Verwaltung — ganz gleich aus welchen Gründen — nebeneinander bestehen, solange der Einzelne gegenüber Übergriffen der Verwaltung eine Kontrollmöglichkeit haben soll, und der Reichsgesetzgeber auf eine feste Bestimmung der bürgerlichen gegenüber der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit verzichtet, wird eine besondere Behörde oder Stelle vorhanden sein müssen, die Streitfragen über die Zuständigkeit zur Erledigung einer Sache entscheidet.

2. Die zukünftige Ausgestaltung

Das Tätigkeitsfeld des KGH.s hat sich grundlegend verlagert. Für ihn ist als Landesbehörde heute und in Zukunft kein Raum mehr. Seine bisherige Aufgabe, Zuständigkeitsstreitfragen innerhalb eines Landes zu entscheiden, vermag er nicht mehr zu erfüllen. Denn die Staatsverwaltung, die bis zur nationalsozialistischen Revolution Sache der Länder war und durch Landesbehörden wahrgenommen wurde, ist heute auf das Reich übergegangen und Reichsverwaltung geworden. So sind durch die Gesetze über die Überleitung der Rechtspflege auf das Reich die Landesjustizbehörden Reichsbehörden geworden. Damit wäre dem Landeskompetenzgerichtshof jede Möglichkeit einer Betätigung genommen. Die VO. über die Behörden zur Entscheidung von KK.en vom 27. März 1935 (RGBl. I, 492) hat dies verhindert und die bisherige Kompetenzkonfliktsregelung ausdrücklich aufrecht erhalten. Denn nach § 1 der VO. wird die Zuständigkeit der gemäß § 17 Abs. 2 GVG. errichteten Behörden der Länder zur Entscheidung von KK.en dadurch nicht berührt, daß die Gerichte der

---

[155]) vgl. Schneider, Deutsches Recht 1935 S. 458; Maunz ebenda, S. 478; Laforet, aaO. S. 261; Danckwerts, Deutsches Verwaltungsrecht 1937 S. 101 ff. („Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im nationalsozialistischen Staate"); Koellreutter in Reichsverw.blatt 1936 S. 885: „Grundsätzliches zur Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit"; Schelcher, ebenda „In der Regel ..." S. 915; v. Köhler, aaO. S. 204.

Länder Reichsbehörden geworden sind. Diese Regelung stellt nur eine vorläufige Notlösung dar. Nachdem die Länder als Staaten aufgehört haben zu bestehen, und nur mehr Verwaltungsbezirke des Reiches sind, hat es keinen Sinn mehr, die Kompetenzgerichtsbarkeit in Beschränkung auf die einzelnen Länder zu regeln. Die ganze Materie muß reichsrechtlich geordnet werden.

Neben der Verreichlichung der gesamten Staatsverwaltung bestehen noch andere Gründe, die eine Neu- und Umgestaltung des KGH.s und seines Verfahrens dringend erfordern.

Es sind eine Reihe neuer Sonderverwaltungsbehörden des Reiches entstanden. Daneben sind in der NSDAP., den ihr angeschlossenen Verbänden und auf berufsständischem, kulturellem und sozialem Gebiet eine Vielzahl reichsunmittelbarer Selbstverwaltungskörperschaften erstanden [156]). Sie alle üben keine Landesverwaltung aus, sondern nehmen Reichsaufgaben wahr. Da es sich um Reichsbehörden handelt, sind sie nach dem augenblicklichen Rechtszustand nicht in der Lage, einen bei den ordentlichen Gerichten anhängigen Rechtsstreit zuständigkeitshalber an sich zu ziehen. Wenn es in allen diesen Fällen nicht bei dem Grundsatz des § 17 Abs. 1 GVG. bleiben soll, muß für die Zukunft hier Abhilfe geschaffen werden.

Wie es im Laufe der Arbeit dargestellt ist, litt die bisherige Regelung des Zuständigkeitsstreits an beträchtlichen Mängeln. So hat Drews [157]) schon in seinen 1919 erschienenen Grundzügen einer Verwaltungsreform darauf hingewiesen, daß die Entscheidung über den KK. sich zu lange hinziehe, und daß diese Verzögerung in der Hauptsache durch die sehr komplizierten Verfahrensvorschriften veranlaßt werde. Drews fordert deshalb, daß der KGH. nicht auf die Feststellung beschränkt bleibt, ob der Rechtsweg zulässig sei oder nicht, sondern daß er zugleich mit verbindlicher Kraft feststellen soll, welche Verwaltungsbehörde oder welches Verwaltungsgericht endgültig zu entscheiden habe. Dieser Vorschlag, dem durchaus zuzustimmen ist, bedeutet eine recht erhebliche Erweiterung der Befugnisse des Gerichtshofs.

Für die zukünftige Ausgestaltung einer dem KGH. entsprechenden Behörde ist die heutige Lebensordnung unseres Volkes von maßgebender Bedeutung. Weite Lebensbereiche, die bisher der Einzelne frei nach seinem Willen gestalten konnte, sind heute in einen Raum gerückt, den der Staat stark beeinflußt [158]). So greift heute die Regierung durch Gesetze über Rasse, Gesundheit und Personenstand, durch Stände- und Berufsordnungen sowie durch Marktregelungen

[156]) vgl. Weber, „Die Entscheidung über den KK.", Zeitschr. der Akademie für deutsches Recht, 1937 S. 363.

[157]) aaO. S. 37 ff.

[158]) Weber, ebenda.

ordnend und von der höheren Warte des Wohles der Volksgemeinschaft regelnd in die frühere sog. Privatrechtssphäre des Einzelnen ein. Diese Tatsachen haben „den Aktionsbereich der ordentlichen Gerichte allenthalben verschoben und den Bereich nichtjustiziabler Hoheitsentscheidungen bedeutsam in den früher von der Justiz beherrschten Raum hinein erweitert".

Diese Erkenntnis zwingt zu einer Einschränkung der bisher auf dem Gebiete des Reichsrechts geltenden umfassenden Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und zur Aufhebung ihrer Zuständigkeitsvermutung.

Diesen ganzen Neuerungen muß die zukünftige Regelung Rechnung tragen.

Der Gesetzgeber könnte den KK. dadurch in Wegfall bringen, daß er sich in Zuständigkeitszweifelsfragen entweder für die Kompetenz der Justiz oder für die der Verwaltung entscheidet[159]). Jede von beiden Möglichkeiten hat den Nachteil der Einseitigkeit und des Vorrangs ihrer Belange an sich. Entweder verliert die Verwaltung durch die umfassende Kompetenz der Gerichte an Selbständigkeit und tatkräftigem Handeln, oder durch die Ausdehnung der Zuständigkeit der Verwaltungsorgane wird ihr Übergewicht zum Nachteil einer gerechten und ordentlichen Verwaltung verankert.

Deshalb wird es die beste Lösung sein, wenn die Gerichte ebenso wie die Verwaltungsbehörden über ihre eigene Zuständigkeit entscheiden und das wechselseitige Recht haben, gegebenenfalls um Abgabe der Sache zuständigkeitshalber an die andere Behördenart zu ersuchen. Um eine Unzahl von Zuständigkeitsstreiten zu verhüten, wird es genügen, wenn den höheren Stellen das Recht, eine Sache zuständigkeitshalber an sich zu ziehen, vorbehalten bleibt, auf der Seite der Verwaltung den Regierungs- und Oberpräsidenten, sowie den Fachministern oder den von diesen bestimmten Stellen, auf der Seite der ordentlichen Gerichte den Oberlandesgerichtspräsidenten. Dann dürfte auch eine ordnungsmäßige Vorprüfung der Sache gewährleistet sein. Weigert sich die Behörde des einen Ressorts dem Ersuchen aus dem anderen Ressort nachzukommen, dann hat die besondere Behörde die Streitfrage zu entscheiden.

Den KGH. hat man wegen seines vorwiegend richterlichen Charakters als liberalen Gedankengängen entsprungene Einrichtung angegriffen und statt dessen eine Stelle gefordert, der dieser richterliche Charakter fehle[160]).

[159]) Eine neue Form der KK.serhebung ist das Ersuchen der zuständigen Verw.behörde oder des Reichsinnenministers um Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. 12. 1934 (RGBl. I 1235) über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche, das jede weitere Tätigkeit des Gerichts abschneidet.

[160]) Ipsen, aaO. S. 269.

Von den bisherigen Vorschlägen über die Umgestaltung des KGH.s hat sich Ipsen über den Rahmen eines Aufsatzes hinaus mit diesem Problem in seiner bemerkenswerten Schrift „Politik und Justiz" beschäftigt.

Er will alle heute vorhandenen Konfliktsarten durch ein neues Verfahren ersetzen. Nach eingehender Untersuchung des Verhältnisses von Justiz- zu Regierungs- und Hoheitsakten kommt er zu dem Ergebnis, daß die bisherige Regelung des Konfliktverfahrens, indem letztlich immer ein unabhängiges Gericht über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheide, mit der heutigen Staatsauffassung unvereinbar sei. Der Vorrang der Justiz in Zuständigkeitsfragen müsse beseitigt werden. An seine Stelle soll eine politische Instanz treten. Er will eine nicht der Justiz angehörende Stelle schaffen, die die Befugnis hat, in jedem gerichtlichen Verfahren — sei es vor den Justiz- oder vor den Verwaltungsgerichten — zu erklären, daß über einen Hoheitsakt verhandelt werde, der keiner gerichtlichen Beurteilung und Anfechtung unterliege, sondern „Justizlos" sei. Sie soll dann die weitere Erledigung der Angelegenheit übernehmen und „einen gerechten Ausgleich" herbeiführen. Unter Ausgleich versteht er im Gegensatz zu dem auf Rechtsnormen beruhenden richterlichen Urteil eine Entscheidung, die von Billigkeit, Ermessen und Abwägung der beiderseitigen Belange, ähnlich dem in § 254 BGB. enthaltenen Gedanken, getragen wird [161]):

„Die Einordnung des Einzelnen mit seinem anerkennenswerten Rechtsbereich in die Gesamtheit mit ihrem größeren Rechtsbereich" (S. 307).

Die Stelle soll das unschöne Fremdwort „Qualifikationsträger" haben, das sicher für die meisten Volksgenossen unverständlich sein wird, und das Verfahren soll „Qualifikation" heißen.

Jedoch ist dieser neuartige Vorschlag nicht frei von manchen Bedenken. Ipsen will die gesamte richterliche Zuständigkeitsordnung dem „Qualifikationsverfahren" unterwerfen [162]). Der „Qualifikationsträger" soll in der Lage sein, in jedem beliebigen Rechtsstreit die gesetzlich begründete richterliche Zuständigkeit zu beseitigen und den Streit selbst zu erledigen. Eine solche Macht des „Qualifikationsträgers" bringt eine starke Unsicherheit in die gesamte Rechtsordnung und kann leicht willkürlich gehandhabt werden. Ipsen ist sich dessen auch bewußt, wenn er in den nächsten Sätzen auf die Möglichkeit einer Einschränkung hinweist: „Die Suspension der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung im Wege der Qualifikation wird umso seltener

[161]) vgl. hierzu die Ausgleichsentscheidung des Reichsinnenministers nach § 5 des Gesetzes vom 13. 12. 1934 über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche.

[162]) S. 282.

sein können, je umfassender die gesetzlich vorgesehene Kompetenz der Justiz bereits sein wird."

Der Vorschlag Ipsens bedeutet einen absoluten Vorrang der Verwaltung gegenüber der Justiz. Denn eine politische Instanz ist unmittelbarer Ausdruck der Verwaltung.

Für einen ordnungsmäßigen Verwaltungsablauf förderlicher und das Rechtsempfinden der Gemeinschaft befriedigender ist es, wenn eine über beiden Ressorts stehende Behörde, bei der auch das richterliche Element vertreten ist, die Zuständigkeitsfrage entscheidet[163]). Daß eine rein richterliche Behörde den Aufgaben des KGH.s nicht gerecht werden kann, steht außer Zweifel. Eine solche Einrichtung würde gegenüber dem heutigen Rechtszustand noch eine Betonung liberaler Anschauungen bedeuten. Die Mitwirkung von Verwaltungsbeamten hat sich als sehr zweckmäßig herausgestellt. Denn sie kennen die Schwierigkeiten, die ein solcher Fall in den Ministerien hervorrufen kann, ebenso gut wie die Entwürfe, Pläne und Beweggründe der zukünftigen Gesetzgebung. Mit ihrer Beteiligung wird die Rücksichtnahme auf diese wichtigen Umstände gewährleistet.

Wenn man die bisherige Regelung betrachtet, dann stellt die Zusammensetzung des KGH.s aus Beamten der beiden Behördengattungen, deren Zuständigkeit in Frage steht, eine glückliche Lösung dar.

Der Vorrang der Justiz ist zu beseitigen. Wegen der infolge der größeren Aufgaben gewachsenen Bedeutung der Behörde wird ein Vorsitzender, der in beiden Bereichen bewandert sein müßte, hauptamtlich zu bestellen sein. Die übrigen Mitglieder werden in gleicher Anzahl sowohl aus Richtern wie aus Verwaltungsbeamten zu berufen sein. Ob die Beisitzer haupt- oder nebenamtlich ernannt werden sollen, hängt von dem Umfang des zukünftigen Aufgabenkreises der Behörde ab. Alle Mitglieder müssen gleichgestellt werden. Die bisherige Bestimmung, daß die Mitglieder, die zur Zeit ihrer Ernennung ein anderes Amt bekleideten, für dessen Dauer ernannt wurden, hat zu vielen Streitfragen Veranlassung gegeben. So war den richterlichen Mitgliedern damit die gewöhnliche, richterliche Unabhängigkeit gewährt, während die Angehörigen der Verwaltung — bis auf die aus den Verwaltungsgerichten — jederzeit über ihr Hauptamt absetzbar waren.

Da das Urteil der Behörde den Charakter einer gerichtlichen Entscheidung trägt, ist sämtlichen Mitgliedern in der Urteilsfindung die richterliche Unabhängigkeit auch weiterhin zuzusprechen. Wegen des gewissen politischen Einschlags erscheint eine Ernennung auf Zeit

---

[163]) Sievers, RVBl. 1937 S. 956: „Der Gedanke einer Art Schiedsgericht kann nicht a limine abgelehnt werden."

empfehlenswerter als eine lebenslängliche. Da die Tätigkeit beim KGH. eine Einarbeitung erfordert, darf der Zeitraum nicht zu kurz bemessen werden. Angemessen erscheinen etwa 5 Jahre.

Wegen der hervorragenden Bedeutung der NSDAP. und ihrer Gliederungen muß sie an dem Verfahren beteiligt werden. Der KGH. hat in einer vielbesprochenen Entscheidung [164]) auf die Tatsache, daß ihm keine Mitglieder aus ihrem Kreise angehören, schon hingewiesen.

Desgleichen muß der NSDAP. die Möglichkeit gegeben werden, eine Sache, für deren Erledigung sie sich für zuständig hält, an sich zu ziehen. So könnten etwa die Parteistellen vom Gauleiter an aufwärts zur Stellung eines entsprechenden Antrags ermächtigt werden. Wieweit diese Befugnis den übrigen Selbstverwaltungskörperschaften zuzuerkennen ist, muß der Gesetzgeber entscheiden.

Bei der Abwägung, ob eine gemischte Behörde entscheiden, oder ob die Verwaltung von vornherein berechtigt sein soll, in jedem beliebigen Fall ihre Zuständigkeit zu erklären, ist zu Gunsten der ersten Lösung darauf hinzuweisen, daß die Gefahr einer Beeinträchtigung der Verwaltung in Zukunft weniger zu befürchten ist als bisher. Heute wird von jedem Beamten, also auch vom Richter verlangt, daß er auf dem Boden des nationalsozialistischen Staates steht. Darüber wacht § 71 DBG., wonach die Versetzung eines jeden Beamten in den Ruhestand möglich ist, wenn er nicht mehr die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für den nationalsozialistischen Staat eintritt. „Trotz Freistellung vom Dienstbefehl sind die Gerichte vom Staat und Führer abhängig [165])."

Wie man sich auch entscheiden mag, ob man Ipsen folgen will oder den KGH. nur den heutigen Verhältnissen anpaßt, eines ist unbedingt erforderlich. Die Mitglieder müssen alle zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst befähigt sein, wie dies schon die preußische VO. von 1879 vorgeschrieben hat. Eine Zusammensetzung, ähnlich dem Volksgerichtshof, ist nicht möglich. Ob im Strafverfahren jemand schuldig oder unschuldig ist, kann ein Laie nach seinen Lebenserfahrungen entscheiden. Seine Mitwirkung mag hier durchaus förderlich sein. Die Entscheidung der Zuständigkeitsfrage kann wegen ihrer politischen Bedeutung und juristischen Schwierigkeit nur von entsprechend ausgebildeten Personen gefällt werden.

Das Verfahren vor dem KGH. wird ähnlich dem verwaltungsgerichtlichen auszugestalten sein. Wegen des Interesses der Verwaltung und zur Aufklärung der Rechtslage wird der Amtsbetrieb und der Untersuchungsgrundsatz gelten, der KGH. nicht auf das Vorbringen der streitenden Parteien und der beteiligten Behörden an-

---

[164]) RVBl. 1936 S. 860; DJZ. 1936 S. 1292.
[165]) Danckwerts, aaO. S. 111.

gewiesen sein. Den Parteien wird wie bisher nur eine untergeordnete Rolle zukommen. Die Stellung der Behörden darf nicht den Eindruck erwecken, als ob sie im Streit miteinander lägen.

Das Führerprinzip wird nicht in der Weise zum Grundsatz erhoben werden können, daß der Vorsitzende allein entscheidet und die Beisitzer nur beraten. Von den Gründen, die für und wider seine Einführung in die Rechtspflege geltend gemacht worden sind[166]), fällt gegen seine Einführung auf diese Weise ausschlaggebend ins Gewicht, daß der Richter Vergangenes erkennen und beurteilen muß und nicht wie der Verwaltungsbeamte und der militärische Befehlshaber Zukünftiges (produktiv) gestaltet. Der Schwierigkeit der Entscheidung wird nur dann Rechnung getragen, wenn jeder einzelne Richter sein Urteil stimmberechtigt unter voller Verantwortung abgibt.

Es ist noch zu erwägen, ob dem KGH. eine weitere Entscheidungsmöglichkeit gegeben werden soll. Bisher konnte er beim positiven KK. nur erkennen, daß der Rechtsweg entweder zulässig oder unzulässig sei, und beim negativen KK., daß entweder die Gerichte oder die Verwaltungsorgane zu entscheiden hätten. Außer der von Drews geforderten Berechtigung, daß der KGH. sowohl beim positiven wie beim negativen KK. die zuständige Behörde endgültig feststellen können soll, könnte ihm noch die Befugnis gegeben werden — evtl. auf Antrag der Verwaltung — zu entscheiden, daß ein Hoheitsakt vorliege, der keinerlei Nachprüfung unterliege, mithin „nichtjustiziabel" sei. Damit wird dem Vorschlag Ipsens nahe gekommen. Nur findet nach dieser Ansicht die Entscheidung einer gemischten Behörde statt. Nicht kann die Verwaltung bedingungslos die gesetzlich begründete Zuständigkeit einfach aufheben.

Bei dem Namen der umzuwandelnden Behörde werden die Worte „Kompetenz" und „Konflikt" fortfallen. Ein „Reichszuständigkeitsgerichtshof" wird die Aufgaben der früheren Landesbehörden übernehmen. Er wird dem Reichsverwaltungsgericht anzugliedern sein.

Wenn auch wegen der vielen schwebenden Fragen und Unklarheiten eine Neuregelung dieses Gebietes sehr notwendig ist, so wird doch mit ihr nicht so bald zu rechnen sein. Es ist zu vermuten, daß der Gesetzgeber durch Spezialgesetze — ähnlich dem Aktiengesetz im Handelsrecht — die einzelnen Gebiete des öffentlichen Rechts neu gestalten und dabei die privatrechtlichen von den öffentlich-rechtlichen sauber trennen wird[167]).

---

166) vgl. insbesondere Kern, „Das Führertum in der Rechtspflege".

167) vgl. Sievers, RVBl. 1937 S. 957: „Die Verwaltung wird also — in Erwartung gesetzlicher Bereinigung der Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung — auf die Einrichtung des ReichsKGH. nicht drängen"; ferner Kern, „Die Grundgedanken ..." S. 29.

Lebenslauf.

Am 29. 9. 1911 wurde ich als Sohn des damaligen Admiralitätsrats im Reichsmarineamt Dr. jur. Erich Apel und seiner Ehefrau Käthe geb. Lindenblatt in Berlin-Friedenau geboren. Zu Ostern 1923 wurde ich in die Quarta der Ritterakademie in Brandenburg (Havel) aufgenommen. Dieses Gymnasium verließ ich Ostern 1930 mit dem Reifezeugnis. Nach zweijähriger Banktätigkeit im Ausland begann ich Ostern 1932 das Studium der Rechtswissenschaften. Ich studierte 3 Semester in Freiburg i. Br., 1 Semester in Berlin, 1 Semester in Königsberg und 2 Semester in Berlin. Von Februar bis Mai 1934 war ich im freiwilligen Arbeitsdienst in Hobrechtsfelde bei Berlin-Buch.

Am 24. 10. 1935 bestand ich am Kammergericht in Berlin das erste juristische Staatsexamen. Seitdem befinde ich mich im Bezirk des Kammergerichts in der Ausbildung als Gerichtsreferendar. Der Wehrpflicht bin ich in mehreren militärischen Übungen nachgekommen.